PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

K al-Husayni, Muhammad ibn 'Ali
ibn 'Ali
H96833 Hashiyat al-Sayyid Muhammad
H3 Abi al-Su'ud al-Misri
1870
v.3

(فهرست الجزء الثالث من حاشية العلامة أبي السعود على منلا مسكين)

صحيفة

٢ كتاب الكفالة
١٤ فصل ولو أعطى المطلوب الكفيل الخ
١٧ باب كفالة الرجلين
١٩ كتاب الحوالة
٢٢ كتاب القضاء
٢٩ فصل في الحبس
٣١ باب كتاب القاضي الى القاضي
٣٦ باب التحكيم
٤٠ مسائل شتى
٥١ كتاب الشهادات
٦١ باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل
٧٤ باب الاختلاف في الشهادة
٨٠ باب الشهادة على الشهادة
٨٤ كتاب الرجوع عن الشهادة
٨٩ كتاب الوكالة
٩٦ باب الوكالة بالبيع والشراء
١٠٤ فصل الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له
١١٠ باب الوكالة بالخصومة والقبض
١١٥ باب عزل الوكيل
١١٨ كتاب الدعوى
١٣٢ باب التحالف
١٣٩ فصل فيمن يكون خصما ومن لا يكون
١٤٢ باب ما يدعيه الرجلان
١٥١ باب دعوى النسب
١٥٧ كتاب الاقرار
١٦٥ باب الاستثناء في الاقرار
١٧١ باب اقرار المريض
١٧٥ كتاب الصلح
١٨٢ باب الصلح في الدين
١٨٤ فصل في الدين المشترك
١٨٨ كتاب المضاربة
١٩٥ باب المضارب يضارب
١٩٨ فصل ما يملك المضارب ثلاثة أنواع

صحيفه

٢٠٣ كتاب الوديعة
٢١٠ كتاب العارية
٢١٥ كتاب الهبة
٢٢١ باب الرجوع فى الهبة
٢٢٧ فصل فى الاستثناء والتعليق وغيرهما
٢٢٩ كتاب الاجارة
٢٣٦ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
٢٤٣ باب الاجارة الفاسدة
٢٥١ باب ضمان الاجير
٢٥٨ باب فسخ الاجارة
٢٦١ مسائل متفرقة
٢٦٣ كتاب المكاتب
٢٦٨ باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز
٢٧٣ فصل واذا ولدت مكاتبة من سيدها الخ
٢٧٦ باب كتابة العبد المشترك
٢٧٩ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى
٢٨٢ كتاب الولاء
٢٨٥ فصل فى ولاء الموالاة
٢٨٧ كتاب الاكراه
٢٩٤ كتاب الحجر
٢٩٨ فصل بلوغ الغلام بالاحتلام
٢٩٩ كتاب المأذون
٣٠٩ كتاب الغصب
٣١٩ فصل غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه
٣٢٥ كتاب الشفعة
٣٢٧ مطلب المسائل التى تجب القسمة فيها على عدد الرؤس
٣٢٨ باب طلب الشفعة
٣٣٦ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٣٤٠ باب ما تبطل به الشفعة
٣٤٥ كتاب القسمة
٣٥٢ كتاب المزارعة
٣٦٢ كتاب المساقاة
٣٦٦ كتاب الذبائح
٣٧٢ فصل فيما يحل وما لا يحل
٣٧٦ كتاب الاضحية
٣٨٤ كتاب الكراهية

صحيفه

٣٨٦ فصل فى الاكل والشرب
٣٩٠ فصل فى اللبس وغيره
٣٩٤ فصل فى النظر والمس
٣٩٨ فصل فى الاستبراء وغيره
٤٠٢ فصل فى البيع
٤١١ كتاب احياء الموات
٤١٥ مسائل الشرب
٤٢٠ كتاب الاشربة
٤٢٦ كتاب الصيد
٤٣٣ كتاب الرهن
٤٣٩ باب مايجوز ارتهانه ومالا يجوز
٤٤٦ باب الرهن يوضع على يد عدل
٤٤٩ باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره
٤٥٧ فصل فى المتفرقات
٤٥٩ كتاب الجنايات
٤٦٣ باب مايوجب القود ومالا يوجبه (والنمرة مغلوطة)
٤٧١ باب القصاص فيما دون النفس
٤٧٣ فصل فى الصلح
٤٧٦ فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين
٤٧٩ باب الشهادة فى القتل
٤٨٢ باب فى اعتبار حالة القتل
٤٨٣ كتاب الديات
٤٨٦ فصل فيما تجب الدية فيه
٤٨٩ فصل فى الشجاج
٤٩٥ فصل فى دية الجنين
٤٩٨ باب مايحدث الرجل فى الطريق
٤٩٩ فصل فى الحائط المائل
٥٠٢ باب جناية البهيمة والجناية عليها
٥٠٦ باب جناية المملوك والجناية عليه
٥١٣ فصل فى المتفرقات
٥١٥ باب غصب العبد والمدبر والصبى وأم الولد والجناية فى ذلك
٥١٧ باب القسامة
٥٢٤ كتاب المعاقل
٥٢٧ كتاب الوصايا
٥٣٢ باب الوصية بثلث المال ونحوه
٥٣٩ باب العتق فى المرض

صحيفه

٥٤١ باب الوصية للاقارب وغيرهم
٥٤٤ باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة
٥٤٦ باب وصية الذمى
٥٤٧ باب الوصى
٥٥٢ فصل فى الشهادة
٥٥٣ كتاب الخنثى
٥٦٤ كتاب الفرائض

تم فهرست الجزء الثالث

هـــــــــــــــذا

الجزء الثالث من حاشية العلامة السيد محمد
أبي السعود المصري الحنفي المسماة
بفتح الله المعين على شرح الكنز
للعلامة محمد منلا مسكين
رحمهما الله
تعالى
آمين
م

فتح المعين

(الجزء الثالث)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الكفالة)
المناسبة بين الكتابين ان البيع
يوجب دينا فى الذمة والكفالة
شرعت وثيقة لاستيفاء الدين غالبا
ولها مناسبة خاصة بالصرف لانه
ضم ذمة الى ذمة فى الواجب بالسبب
والكفالة ضم ذمة الى ذمة فى المطالبة
وهى فى اللغة الضم وفى الشرع (هى
ضم ذمة) الكفيل (الى ذمة
الاصيل

(كتاب الكفالة)

فى المصباح كفلت بالمال وبالنفس كفلا من باب قتل وكفولا أيضا والاسم الكفالة وحكى ابو زيد سماعا من العرب من باب تعب وقرب وحكى ابن القطاع كفلته وكفلت به وعنه اذا تحملت به ويتعدى الى مفعول ثان بالتضعيف والهمزة فيحذف الحرف فيهما نهر (قوله غالبا) قيد به لانه قد لا يحصل بها الاستيفا كملومات الكفيل بالمال مفلسا حموى (قوله فى الواجب بالسبب) وهو العقد حموى (قوله وهى فى اللغة الضم) سواء كان متعلقه عينا او معنى نهر قال تعالى وكفلها زكرياء أى ضمها الى نفسه زيلعى قرئ بتشديد الفاء ونصب زكرياء أى جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها شيخنا عن العناية ووجدت بخطه أيضا مانصه فى قراءة شعبة عن عاصم وحمزة والكسائى وحفص بتثقيل الفاء مع حذف الهمزة من زكريا انتهى (قوله ضم ذمة) هى وصف شرعى به الاهلية لوجوب ماله وعليه نهر وفى المصباح قولهم فى ذمتى كذا أى فى ضمانى والجمع ذمم كسدرة وسدر انتهى وركنها الايجاب والقبول بالالفاظ الآتية عندهما ولم يجعل ابو يوسف فى قوله الاخير القبول ركنا بل قال انها تتم بالكفيل وحده موقوفة على اجازة الطالب وقيل نافذة وللطالب حق الرد وهو الاصح كما فى المحيط أى من قوليه وأثر الخلاف يظهر فيما لو مات المكفول له من قال بالتوقف قبل القبول قال لا يؤاخذ الكفيل وسببها مطالبة من له الحق كما فى الزيلعى ودليلها الاجماع وسنده قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم ومحاسنها جليلة منها تفريج كرب الطالب والمطلوب ومع هذا فالامتناع اقرب الى الاحتياط لانه مكتوب فى التوراة الزعامة اولها ملامة واوسطها

ندامة وآخرها غرامة وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة وان يكون المكفول به
يمكن الاستيفاء من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل التبرع حتى لا تصح ممن لا يملك التبرع
كالعبد المأذون له فى التجارة يعنى ويؤاخذ بها بعد العتق الا اذا اذن له المولى والصبى الا اذا استدان وليه
لنفقته وأمره ان يكفل المال عنه فيصح لان الدين على الصبى فلم يكن متبرعا ويكون اذنا فى الاداء درعن
المحيط قال ومفاده ان الصبى يطالب بهذا المال كما يطالب الولى وكذا لا تصح من المكاتب ولو بالاذن
ويؤاخذ به بعد العتق وتصح من المكاتب والمأذون الذى لا دين عليه عن المولى باذنه وكذا لا تصح من
المريض الا من الثلث وان يكون المكفول عنه معلوما ويتفرع عليه ماذكره فى البحر لو كفل بما على واحد
لم يصح واعلم ان التقييد فى كلام الزيلعى بامكان الاستيفاء من الكفيل للاحتراز عن الكفالة بالحد والقود
(قوله فى المطالبة) لم يقل بالدين لانها كما تكون بالدين تكون بالنفس والاعيان المضمونة كالمغصوب
والمبيع فاسدا والمقبوض على سوم الشراء كما سيأتى ومن عرفها بالضم فى الدين انما اراد تعريف نوع
منها وهو الكفالة بالمال وخصه لانه محل الخلاف كما فى النهر وحينئذ لا يرد على التعريف الكفالة
بالنفس كما توهمه السيد الحموى قال مع انهم قسموها بعد التعريف الى الكفالة بالنفس والكفالة
بالمال ثم ان تقسيمهم الكفالة الى القسمين يشعر بانحصارها فيهما مع انهم ذكروا ما يدل على وجود
قسم ثالث وهو الكفالة بتسليم المال ولهذا اختار صاحب الدرر تعريفا صحيحا متناولا لجميع الاقسام
صريحا فقال هى ضم ذمة الى ذمة فى مطالبة النفس او المال او التسليم انتهى ويجاب بان التقسيم المشعر
بانحصارها فيهما نظر الى الكفالة فلا ينافى ان لها تقسيما آخر بالنظر لاحد الاقسام وهو الكفالة بالمال
لتنوعها الى كفالة بالديون وكفالة بالاعيان الاترى الى ماذكره الزيلعى فقال وانواعها فى الاصل نوعان
كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة
وكفالة بالاعيان وهى نوعان كفالة باعيان مضمونة فتجوز الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل
الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة باعيان هى امانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات
والشركات ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها اصلا أى لا بنفسها ولا بتسليمها وكفالة
باعيان هى امانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة او بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لا تصح
وبتسليمها تصح انتهى وبه يتضح انه لا يرد على التقسيم ما أورده السيد الحموى ويظهر ايضا عدم الحاجة
الى مازاده صاحب الدرر فى التعريف على انه ليس فى الكفالة بالنفس ضم ذمة الى ذمة فان الذمة
لا تطلق فى عرفهم الا على محل الدين كما ذكره عزمى (قوله وقيل فى الدين) بدليل ان الطالب لو وهب
الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى
الطالب بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولانه مطالب بالدين
والمطالبة به ولا دين محال وصيرورة الدين الواحد دينين لا مانع منه شرعا بعد ان لا يستوفى الا احدهما
كالغاصب وغاصب الغاصب والاول أصح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا احدهما وأما
وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل وصحة الهبة
والشراء بجعل الدين الواحد فى حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله أى قبل الهبة
والشراء وفى الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب الا دين واحد على احدهما غير عين ولهذا اذا اختار
أحدهما ليس له أن يطالب الآخر زيلعى والثمرة تظهر فيما اذا حلف الكفيل ان لا دين عليه لا يحنث
على الصحيح (قوله وتصح بالنفس) واطلاقه شامل لما اذا كانت الكفالة بأمره او بغير أمره للقدرة على
تسليمه أما فى الامر فلان الظاهر انه ينقاد اليه واما بغيره فلانه يمكنه احضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم
نهر عن الفتح (قوله وان تعددت الكفالة) ما مشى عليه الشارح من جعله الضمير للكفالة هو الظاهر كما
فى النهر قال ويجوز عود الضمير الى النفس بان يكفل واحد نفوسا اه واعلم ان ماذكره فى النهر

فى (المطالبة) دون الدين فيكون
الدين باقيا فى ذمة الاصيل كما كان
وقال مالك يبرأ الاصيل وقيل فى الدين
وهو قول الشافعى فيصير الدين
الواحد دينين (وتصح بالنفس وان
تعددت) الكفالة حتى لو أخذ
من رجل كفيلا

من ان الظاهر جعل الضمير للكفالة تخالفه قول السيد الحموى فى الحاشية ويجوز أن يرجع للنفس بل هو الظاهر انتهى (قوله ثم أخذ منه كفيلا آخر الخ) و يجوز أن يكون المراد من تعدد الكفالة ما اذا كان للكفيل كفيل فالقول وان تعددت ثلاثة أوجه (قوله وعنه انه لا يصح) لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لا سيما اذا تكفل بغير أمره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم ولم يفصل والمراد بالغرم الضرر قال تعالى ان عذابها كان غراما والتسليم ممكن ولو باعوان القاضى زيلعى (قوله حقيقة) أى لغوية حموى (قوله او عرفا) أى حقيقة فى العرف حموى (قوله كالنصف والثلث) لان النفس الواحدة فى حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها كذكر كلها عينى ولو أضاف الكفيل الجزء الى نفسه كتكفل لك نصفى أو ثلثى فانه لا يجوز كذا فى السراج لكن لو قيل بأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله لم يفترق الحال نهر (قوله و بضمنته) لانه تصريح بموجب الكفالة عينى (قوله و بعلىّ والىّ) لان الاول صيغة التزام ومن هنا افتى قارى الهداية بأنه لو قال التزمت بما على فلان كان كفالة والثانى بمعناه ومنه قوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فالىّ نهر (قوله وأنا زعيم به) لان الكفيل يسمى زعيما قال تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم أى كفيل (قوله وقبيل به) أى كفيل يقال قبل قبالة بفتحها فى الماضى وكسرها فى المضارع و يسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فمعناه القابل للضمان نهر (تتمة) الحالات الست هى الحياة والموت وغيبة المكفول عنه وحضوره والعسر واليسر شيخنا (قوله لا بانا ضامن لمعرفته) وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يرون به الكفالة كذا فى العينى وعبارة الزيلعى لانهم يريدون به الكفالة ولهما انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كأنه قال أوقفك عليه وكذا لو قال أنا ضامن لان ادلك عليه اولان ادل على منزله لا يكون كفالة ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ قال الكمال والوجه اللزوم (قوله احضره فيه) لالتزامه بالشرط فى الكفالة فيجب عليه الوفاء به كالدين المؤجل اذا طالبه صاحبه عند حلول الاجل أو بعده عينى (قوله والا حبسه الحاكم) قال الزيلعى ينبغى أن يفصل كما فصل فى الحبس بالدين فان هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه و يأمره بدفع ما عليه لان الحبس دليل المماطلة ولم تظهر وان ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغى ان يفصل قال فى النهر وهو بحث موافق للمنقول ففى البزازية وغيرها اقر بالكفالة بالنفس أو ثبت بالبينة عند الحاكم قال الخصاف لا يحبسه فيهما أول مرة وفى ظاهر الرواية كذلك فى الاقرار وأما فى البينة فيحبسه ولو أول مرة انتهى وهذا اذا لم يظهر عجزه ابتداء فان ظهر لا يحبسه لكنه لا يحول بينه وبين الكفيل فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله وفى التتارخانية لو اضربه ملازمته استوثق منه بكفيل وفى السراج كفل ثلاثة رجلا بنفسه كفالة واحدة فأحضره أحدهم برئوا جميعا ولو متفرقة لم يبرأ الباقون انتهى (قوله امهله مدة الخ) هذا اذا لم يمتنع من السفر ولهذا قال فى النهر فان أبى حبسه من غير امهال كما فى البزازية وقيده فى التتارخانية بما اذا لم يكن بالطريق عذر الخ ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب فيضيع حقه زيلعى (قوله فان مضت ولم يحضره حبسه) لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه الا ان يظهر للقاضى عجزه بشهود ودلالة حال فيطلقه الا انه لا يحال بينه وبين الكفيل (قوله ولم يعلم مكانه) اما بتصديق الطالب أو ببينة اقامها الكفيل انه غاب غيبة لا تدرى وهل يلازمه ذكر السرخسى انه يلازمه وشيخ الاسلام انه لا يلازمه ولو اختلفا فان كانت له خرجة معروفة فالقول للطالب و يؤمر الكفيل بالذهاب اليه والا فللكفيل فان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا يؤمر بالذهاب اليه قال فى النهر ولم أر ما لو أقاما بينتين و ينبغى ان تقدم بينة الطالب لان معها زيادة علم ولو ارتد ولحق بدار الحرب أمر الكفيل بالذهاب اليه ان كان بيننا و بينهم موادعة على انهم يردون من ارتد اليهم اذا طلبناه واللحاق وان كان موتا فهو حكمى فى حق ماله لا فى حق العباد والموادعة بتقديم الدال على العين كما فى الزيلعى والكافى

وهو

ثم أخذ منه كفيلا آخر بنفسه فهما
كفيلان و يطالب صاحب الحق
أيهما شاء أو الكل به ثم المضمون بها
احضار المكفول به وهو مذهب
الشافعى وعنه انه لا يصح (و)
تصح بالنفس (بكفلت بنفسه وبما
عبر به عن البدن) حقيقة كالجسد
والنفس او عرفا كالروح والوجه
والرأس (وبجزء شائع) كالنصف
والثلث (و بضمنته و بعلىّ والىّ وأنا
زعيم به وقبيل به لا) أى لا يصح
بقوله (أنا ضامن لمعرفته) ولا بانا
ضامن لك لانه لم يبين المضمون
أهو نفس أو مال بخلاف ما لو قال
أشناى فلان برمنست أو قال فلان
أشناى ست يكون كفيلا فكأنهم
فرقوا بين العربية والفارسية كذا
فى الاصل (فان شرط) فى الكفالة
(تسليمه) أى المكفول عنه (فى وقت
بعينه احضره فيه ان طلبه)
المكفول له باحضاره (فان أحضره)
فيه فبها (والا) أى وان لم يحضره
(حبسه) أى الكفيل (الحاكم فان
غاب) المكفول عنه وعلم مكانه
(أمهله) الحاكم (مدة ذهابه وايابه
فان مضت) المدة التى امهله (ولم
يحضره حبسه) الحاكم (وان غاب ولم
يعلم) الكفيل (مكانه لا يطالب به
ولا يحبس (فان) احضره و(سلمه بحيث
يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر

وهو الاتفاق وفى العينى مواعدة بتقديم العين على الدال وكلاهما ظاهر (قوله برئ) سواء وثقه فسلمه قبله أولا لانه أتى بما التزمه والتأجيل حق الكفيل وله اسقاطه نهر وسواء قال سلمته اليك بجهة الكفالة أولا ان كان بعد الطلب منه والا فلا بد أن يقول ذلك عينى (سواء كان المصر الذى الخ) أى بشرط أن يكون للمصر قاض أو سلطان والا لا يبرأ كما فى التتارخانية وبحث فيه فى النهر بأنه اذا لم يكن له قاض أو سلطان فليس بمصر حينئذ (قوله وان سلمه فى برية الخ) لعدم قدرة المكفول له على أن يخاصمه (قوله يسلمه ثمة فى زماننا) وهذا قول زفر وبه يفتى لان الشرط مقيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذى التزمه ومحل الخلاف ما اذا كان أهل البلد لا يطلقون الغريم من الطالب فان كانوا يطلقونه لا يبرأ بتسليمه فى السوق اتفاقا ولو شرطا تسليمه عند الامير او عند هذا القاضى فسلمه عند قاض آخر جاز ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ نهر (تتمة) كفل الى ثلاثة أيام كان كفيلا بعد الثلاثة ولا يطالب فى الحال وبه يفتى ولو سلمه للحال برئ لان المدة لتأخير المطالبة ولو زاد وانا برىء بعد ذلك لم يصر كفيلا أصلا فى ظاهر الرواية وهى الحيلة فى كفالة لا تلزم در رواشباه ولو كفل على انه بالخيار عشرة ايام أو اكثر صح بخلاف البيع لان مبناها على التوسع تنوير وشرحه لكن فى الشرنبلالية عن قاضيخان معزيا لشمس الائمة الحلوانى قول أبى يوسف انه يطالب الكفيل فى الايام الثلاثة ولا يطالب بعدها اشبه بعرف الناس الخ واعلم ان الاختلاف فى كونه كفيلا بعد الثلاثة ام لا مقيد بما اذا لم يقل من اليوم ولهذا قال فى الشرنبلالية واشار بحذف ذكر المبدأ واقتصاره على الغاية الى ما قال قاضيخان ولو قال انا كفيل بنفس فلان من اليوم الى عشرة ايام يصير كفيلا فى الحال واذا مضت العشرة لا يبقى كفيلا فى قولهم لانه وقت الكفالة بعشرة أيام والكفالة مما تقبل التوقيت انتهى (قوله وفى المقدم لو سلم فى السوق الخ) أى وفى الزمان المتقدم حموى فالشارح يشير الى ما فى الواقعات الحسامية حيث جعل هذا رأيا للمتأخرين لا قولا لزفر لان اكثر الناس يعينون المطلوب على الامتناع لغلبة الفسق قال فى النهر وهو الظاهر اذ كيف يكون هذا اختلاف عصر وزمان مع ان زفر كان فى ذلك الزمان (قوله وتبطل بموت المطلوب والكفيل) للعجز عن التسليم ومال الكفيل لا يصلح لايفاء الواجب عليه بخلاف الكفيل بالمال فان ماله يصلح للايفاء نهر اطلق المطلوب فشمل العبد لكن فى الخلاصة لو كفل بنفس عبد فمات العبد برئ الكفيل ان المدعى به المال على العبد وان كان المدعى به نفس العبد لا يبرأ وضمن قيمته بحر واقول ما عزاه فى البحر الى الخلاصة سيأتى التصريح به فى المتن من باب كفالة الرجلين ونصه ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل انتهى (قوله لا بموت الطالب) لان وصيه او وارثه يخلفه فلو ترك ورثة وسلمه الى بعضهم برئ منه خاصة وللباقين مطالبته باحضاره ولو سلمه لاحد الوصيين برئ بالنسبة اليه وللآخر مطالبته كذا فى الينابيع وقد يشكل على هذا قولهم احد الورثة ينتصب خصما للميت فيما له وعليه نهر (قوله ولا يشترط قبول الطالب التسليم) الا اذا سلمه اجنبى فان قبول الطالب شرط وسيجىء (قوله يعنى برئ بمجرد التخلية) هذا هو المراد من قولهم اذا سلمه بحكم الكفالة فأبى القبول يجبر عليه (قوله ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ) لانه قد يكون بحكم غير الكفالة على ما بيناه عينى (قوله وبرئ بتسليم وكيل الكفيل ورسوله) لان فعلهما كفعله وشرط براءته ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة ولو سلمه اجنبى بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل لا ان سكت زيلعى ولو قال وبتسليم نائبه لكان اوجز وافود لان كفيل الكفيل لو سلمه برئ الكفيل أيضا نهر عن التتارخانية (قوله فان قال رجل ان لى الخ) يلزم على هذا المزج حذف الفاعل وهو لا يجوز حذفه عند غير الكسائى الا فى اربعة مواضع النيابة عن الفاعل والاستثناء المفرغ وفاعل المصدر وفاعل افعل فى التعجب بشرط عطفه على آخر متضمن لمثل المحذوف نحو اسمع بهم وابصر أى بهم فالصواب ان يكون الفاعل ضميرا

برئ) مطلقا عنده سواء كان المصر الذى كفل فيه أو مصر آخر وعندهما ان سلمه فى المصر الذى كفله فيه برئ والا وان سلمه فى برية او سواد لا يبرأ (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى يسلمه ثمة) فى زماننا وفى المقدم لو سلم فى السوق برئ (وتبطل) الكفالة بالنفس (بموت المطلوب) وهو المكفول عنه (والكفيل لا) بموت (الطالب) اى المكفول له بخلاف الكفالة بالمال فانها لا تبطل بالموت (وبرئ) الكفيل (بدفعه اليه وان لم يقل) الكفيل للمكفول له (اذا دفعته اليك فانا برىء) ولا يشترط قبول الطالب التسليم يعنى برئ بمجرد التخلية بينه وبين المكفول عنه (و) برئ (بتسليم المطلوب نفسه من كفالته) بان قال سلمت نفسى اليك عن الكفيل ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ كذا فى الفتاوى الخانية (و) برئ (بتسليم وكيل الكفيل ورسوله فان قال) رجل ان لى مائة درهم على آخر فقال له رجل

يعود على الكفيل كما فى غيره من الشروح وهذه الصورة غير الصورة الآتية لان الكفالة هنا بما على المطلوب وفى تلك بمال مطلق ومن ثم كانت هذه اتفاقية وتلك خلافية فمن ادعى انها هى والزم المصنف التكرار فقد وهم حموى قلت ويفرق بينهما من وجه آخر وهو ان تعليق الكفالة بالمال على عدم الموافاة به غدا صدر فى الصورة الاولى من الكفيل بنفسه لما علمت من ان الضمير المستتر فى قال يعود على الكفيل كما صرح به العينى بخلافه فى الصورة الثانية اذ لم يكن قبل وجود التعليق كفيلا اصلا يدل على ذلك قول المصنف فقال رجل الخ وان كان قوله ان لم اواف به غدا الخ متضمن للكفالتين معا (قوله ان لم أواف الخ) بخلاف ما اذا قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ثم وافاه به لم يلزمه المال لانه شرط للزومه ان يحسن اليه كما فى منية المفتى يعنى فكان تعليقا بغير المتعارف فلم تصح الكفالة بحر (قوله فلم يواف به) أى مع قدرته عليه فلو عجز لحبس او مرض لم يلزمه المال الا اذا عجز بموت المطلوب او جنونه ولو اختلفا فى الموافاة فالقول للطالب لانه منكر وحينئذ المال لازم على الكفيل ولو اختفى الطالب فلم يجده الكفيل نصب عنه القاضى وكيلا ولا يصدق الكفيل على الموافاة الا بحجة تنوير وشرحه وقال فى النهر اختفى المكفول له فلم يجده الكفيل او اشترى بالخيار فتوارى البائع أو حلف ليقضين دينه اليوم فتغيب الدائن أو جعل أمرها بيدها ان لم تصل نفقتها فتغيبت فالمتأخرون على ان القاضى ينصب وكيلا عن الغائب فى الكل الخ (قوله اومات المطلوب الخ) طولب بالفرق بين موت المطلوب و بين ما اذا ابرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت فى يحضره لا يجب المال عليه لعدم بقاء الكفالة بالنفس وبالموت زالت ايضا واجيب بأن الابراء وضع لفسخ الكفالة فتنفسخ من كل وجه والانفساخ بالموت انما هو لضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لاضرورة الى تعديه الى الكفالة بالمال نهر عن الفتح ولو مات الكفيل فوارثه بمنزلته ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال فى تركة الميت عينى (قوله فتصح الكفالتان) أما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال واما الكفالة بالنفس فلانها كانت ثابتة قبل وجود المال عينى فلا تنتفى بوجودها الا ترى انه لو كفلها جملة واحدة صحت زيلعى (قوله خلافا للشافعى) اما الكفالة بالنفس فقد بيناه قوله من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث رجوع الكفيل على المكفول عنه ان كفل بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه ابتداء الالتزام فلشبهها بالبيع ينبغى ان لا يجوز تعليقها اصلا وباعتبار النذر يجب ان تجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقها بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف زيلعى (قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ذكر المائة ليس قيدا ولهذا قال العينى ولا فرق بين ان يبين المائة او لم يبينها بان قال لى عليك حق ولم يدع مالا مقدرا فقال رجل آخر دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلى مائة دينار فادعى المدعى واثبتها لزم الكفيل انتهى (قوله فعليه المائة) التى بينها المدعى اما بالبينة اوباقرار المدعى عليه وكلام السراج يفيد اشتراط اقرار المدعى عليه بالمال فليحرر در (قوله سواء بين صفتها الخ) صريح فى ان عدم الصحة عند محمد لعدم صحة الدعوى بناء على ما ذكره الكرخى فى توجيه مذهب محمد من ان المدعى لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضى فلم تصح الكفالة بالنفس لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ووجهه أبو منصور الماتريدى بان الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التى لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به وهذا يوجب ان لا تصح وان بينها المدعى لان عدم النسبة اليه هو الذى اوجب البطلان كما فى الزيلعى واعلم ان الزيلعى ذكر ان المراد بعدم

بيان

(ان لم أواف به غدا) اى ان لم آت بالمكفول عنه ذلك اليوم (فهو) أى الكفيل (ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب) أى المكفول عنه قبل مضى الغد (ضمن) الكفيل (المال) فتصح الكفالتان خلافا للشافعى (ومن ادّعى على آخر مائة دينار فقال) له (رجل ان لم اواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به) فعليه (المائة) مطلقا سواء بين صفتها على الدعوى أو لم يبين ذلك وجه يصح

بيان المائة عدم ذكر المقدار بان ادعى حقا ولم يبين قدره وهو مخالف لما ذكره الشارح لاقتضائه ان المراد
من عدم بيانها عدم ذكر وصفها ككونها جيدة اورديئة ولا فرق بينهما فى الحكم ولهذا ذكر فى النهرانه
جمع بينها فى الجامع الصغير الخ (قوله وقال محمد الخ) ولهما ان هذه كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين
المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فانصرف الى ما على المدعى عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت
بالابهام فى الدعاوى فيجملونها ولا يبينونها الا عند القاضى دفعا لحيل الخصوم فاذا بين انصرف بيانه الى
ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها
ولانه لو جعل التزاما ما عليه يصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل على انه
ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا الخ زيلعى ولو اقتصر فى التعليل على
قوله لانه لو جعل التزاما ما عليه يصح الخ لكان اولى لما فى النهر من ان المائة لم تذكر معرفة فى عبارة الجامع
بل منكرة قال وكذا فى المبسوط وغيره (قوله ولا يجبر على الكفالة بالنفس فى حد الخ) أى فى دعوى
حد وقود لان الكفالة بنفسهما لا تجوز اجماعا اذ لا يمكن استيفاؤهما من الكفيل ويلحق حد السرقة بحد
القذف على المذهبين وقيد بالقصاص لانه فى القتل والجراحة خطأ يجبر على الكفيل اجماعا لان
الموجب هو المال نهر ووجه الالحاق ماذكره الزيلعى من أن الدعوى شرط فيه كحد القذف والقصاص
(قوله وعندهما يجبر) لان حد القذف مشتمل على حق العبد والقصاص خالص حق العباد فيجبر وله
قوله عليه السلام لا كفالة فى حد مطلقا وليس تفسير الجبر عندهما هنا ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة
لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن
منعه من الدخول واجلسه فى باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر واعلم ان العينى كالزيلعى تابع
لصاحب الهداية فيما سبق من قوله عليه السلام لا كفالة فى حد وتعقبه فى غاية البيان حيث نقل عنه فى
النهر ما نصه ولنا فى رفعه نظر بل هو من كلام شريح بقى ان يقال ماذكره العينى من ان القصاص خالص
حق العباد موافق لما فى الدرر والدر ويخالفه ما فى النهر حيث ذكر ان المغلب فيه حق العبد (قوله فى حد
القذف والقصاص) لان الدعوى شرط فيهما والمدعى يحتاج ان يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفى
المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود ولان الدعوى ليس بشرط زيلعى (قوله لان فى
التعزير يجوز) الظاهر ان يقال لان فى التعزير يجبر اذا كان فى حقوق العباد حموى (قوله ولو اعطى الكفيل
الخ) بان سمحت به نفسه من غير طلب عينى (قوله حتى يشهد مستوران أو عدل) لان الحبس لتهمة
الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات
فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه السلام
حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فلا يثبت الا بحجة
تامة زيلعى (قوله وبالمال) عطف على قوله بالنفس اطلقه فشمل ما اذا كان الاصيل مطالبا به الآن
اولا فتصح عن العبد المحجور ربما يلزمه بعد العتق باستهلاك اوقرض ويطالب الكفيل الآن كما لو فلس
القاضى المديون وله كفيل فان المطالبة تتأخر عن الاصيل دون الكفيل نهر عن التتارخانية وقوله
باستهلاك اى استهلاك وديعة كذا بخط شيخنا (قوله ولو مجهولا) لابتنائها على التوسع واجمعوا على صحتها
بالدرك مع انه لا يعلم كم يستحق من المبيع نهر (قوله وفيه احتراز عن بدل الكتابة) لانه يسقط بدونهما
بالتعجيز وكذا لا تجوز ببدل السعاية عنده خلافا لهما مع انه لا يسقط اذ هو لا يقبل التعجيز وكأنه الحق ببدل
الكتابة وكذا لا تصح الكفالة بدين على من دخل فى مكاتبته لسقوطه بدونهما وكذا دين الزكاة لانه ليس
دينا حقيقة من كل وجه ولهذا لا يؤخذ من تركته وكذا الدين المشترك اذا كفل احد الشريكين لصاحبه
حصته لتعذر تصحيحها بنصف مقدر لان قسمة الدين قبل قبضه لا تجوز ولو شائعا لانه يصير كفيلا لنفسه
وكذا الجزية لسقوطها بالتداخل والاسلام ودخل تحت الدين الصحيح بدل العتق فاذا اعتق عبده على مال

وقال محمد ان ادعاها ولم يبينها حتى
كفل له بمائة دينار ثم ادعى بعد ذلك
لا يصح (ولا يجبر على الكفالة
بالنفس فى حد وقود) أى لا يجبر على
اعطاء الكفيل عند ابى حنيفة
مطلقا سواء كان الحد حد قذف اولا
وعندهما يجبر فى حد القذف
والقصاص وانما قيد بالحد لان
فى التعزير يجوز للقاضى ان يطالب
منه كفيلا كذا فى الخانية ولو اعطى
الكفيل فيهما يجوز اتفاقا (ولا
يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان
مستوران او) شاهد (عدل)
يعرفه القاضى بالعدالة وعندهما
فى الحبس فى الحدود والقصاص
روايتان فى رواية يحبس ولا يكفل
وفى رواية عكسه (و) تصح الكفالة
(بالمال ولو) كان المال (مجهولا
اذا كان دينا صحيحا) وهو كل
دين لا يسقط الا بالاداء او الابراء وفيه
احتراز عن بدل الكتابة

فكفل به رجل جاز بحر عن البزازية وتصح الكفالة بالنفقة مطلقا وان لم تكن مقدرة خلافا لما فى الدر عن الاشباه من التقييد بالمقررة مع انها تسقط بغير الاداء والابراء فغير المقررة تسقط بمضى شهر فاكثر والمقررة بالموت والطلاق فكأنهم اخذوا فيها بالاستحسان للحاجة لا بالقياس فان قلت مافى الاشباه من التقييد موافق لما فى النهر حيث ذكران الكفالة بالنفقة قبل القضاء بها اوالرضا لا يصح معللا بانها لا تصير دينا الا بهما قال وبدل الكتابة دين الا انه ضعيف فلا تصح الكفالة به فما ليس دينا اولى انتهى قلت قال شيخنا ماذكره فى النهر من عدم صحة الكفالة بها قبل القضاء اوالرضاء محمول على انه كفل بها بعد ماسقطت بمضى الزمان بقرينة مانص عليه هو فى النفقات عن الفتح من صحة الكفالة بها سواء كانت مفروضة اولا ونقل شيخنا عن الخانية مامحصله ان الكفالة بها صحيحة مطلقا ولو قبل القضاء اوالرضا قال شيخنا فقصر الصحة على التى قضى بها اوتراضيا عليها كما ظن غير صواب (قوله بكفلت عنه) نبه بذلك على انه لابدّ ان يأتى بصيغة تدل على الالتزام كما مثل ومن ذلك ضمنت بخلاف مالوقال دينك الذى على فلان انا ادفعه اليك انا اسلمه انا اقبضه لا يصير كفيلا لان المواعيد لا تلزم الا باكتساب صور التعاليق والى كعلى وكذا عندا اذا اضيفت الى الدين بلافرق بين التعليق وغيره خلافا لما فى البحر كلا تطالبه مالك عندى نهر (تتمة) كل لفظ يدل على اللزوم كالكفالة كقوله على ماعليه او على ان أؤدّى ماعليه او التزمت لك بما عليه وقبل الطالب شيخنا عن فتاوى قارى الهداية (قوله أو بمالك عليه) كذا ببعض مالك عليه ويلزمه ان يبين اى مقدار شاء نهر عن الفتح (قوله أو بما يدركك الخ) فاذا استحق كان للمشترى ان يخاصم البائع اولا فاذا ثبت عليه استحقاق المبيع كان له ان يأخذ الثمن من ايهما شاء وليس له ان يخاصم الكفيل اولا فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف له ذلك واجمعوا ان المبيع لوظهر حرا كان له ان يخاصم ايهما شاء نهر عن السراج قال وفى البزازية ولا يرجع على الكفيل بقيمة البناء والغرس والدرك بفتح الراء وسكونها التبعة (تتمة) استحق بعض المبيع ثبت للمشترى خيار فسخ العقد فى الكل وحينئذ يضمن الكفيل قدر ثمن المستحق لا تمام الثمن ذكره فى العمادية حموى عن البرجندى (قوله أوما بايعت فلانا الخ) اى ما بايعت منه فانى ضامن لثمنه لا ما اشتريته منه فانى ضامن للمبيع لان الكفالة بالمبيع لا تجوز كما سيأتى وما فى هذه الصورة شرطية معناه ان بايعت فلانا فيكون فى معنى التعليق در لكن ليست ما كان فى عدم العموم قال فى المبسوط وكلمة ما فيما بايعت فلانا عامة لان حرف ما يوجب العموم فاذا لم يوقت فذلك على جميع العمر وما بايعه مرة بعد مرة فذلك كله على الكفيل ويستوى فى ذلك ان يبيعه بالنقد وغيره بخلاف مالو قال اذا اومتى اوان اذ لا يلزمه الا الاول الخ مافى الشرنبلالية واقول ماذكره الشرنبلالى من جعل ما للعموم جرى عليه القهستانى لكنه ضعيف ولذا حكاه فى الدر بقيل وكذا كلام العينى يفيد ترجيح ان لفظة ما لا تفيد العموم ونصه وفى المجرّد قال أبو حنيفة لوقال ما بايعت فلانا فعلى فبايعه مرة بعد مرة يلزمه أوّل مرة ولا يلزمه ما بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله انتهى (قوله وماذاب) هو ماض اريد به المستقبل فيكون كفالة بمال يجب على الاصيل بعد عقد الكفالة لا قبله حتى لو كان المال واجبا قبل الكفالة لا يجب على الكفيل حموى عن الكاكى (قوله وما غصبك فلان فعلى) بخلاف ماغصبك الناس أو من غصبك من الناس او بايعك او قتلك او من غصبته او قتلته فانا كفيله فانه باطل كقوله ماغصبك اهل هذه الدار فانا ضامنه فانه باطل حتى يسمى انسانا بعينه در لكن فى المفتاح عن شيخ الاسلام فى شرح الجامع قال لغيره اسلك هذا فان اخذ أحد مالك فأنا ضامن كان الضمان صحيحا مع ان المضمون عنه مجهول حموى واقول صحة الضمان لا من حيثية صحة الكفالة بل من حيثية كونه غره بدليل مافى الاشباه من كتاب الكفالة حيث قال الغرر لا يوجب الرجوع فلو قال اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فأخذه اللصوص لا يضمن الا اذا كان الغرور بالشرط أو كان ضمن عقد مفاوضة الخ ولاشك انه فى مسئلة المفتاح وجد الغرور بالشرط ولو غصب منه

(بكفلت عنه بألف وبمالك عليه او بما يدركك فى هذا البيع او ماذاب) اى مابايعت فلانا فعلى وماغصبك وجب (لك عليه فعلى وطالب الكفيل أو فلان فعلى وطالب الكفيل أو المديون)

عقاراو أتلفه لاضمان على الكفيل لعدم تحقق الغصب ولو قال ان غصب فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز خلافا لمحمد بناء على تحقق غصب العقار عنده امالو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى فانه يصح فأيهم بايعه فعلى الكفيل نهر وفيه عن البزازية بايع فلانا فما اصابك من خسران فعلى لا يصح ويصح الرجوع عن الكفالة قبل المبايعة اذا نهاه عن مبايعته كما فى المبسوط بخلاف الكفالة بالذوب حيث لا يصح الرجوع عنها قبله وظاهر ما فى الولوالجية ان نهيه عن المبايعة ليس بشرط والفرق ان قوله ما بايعت فلانا الخ مبنى على الامر دلالة كأنه قال بايعه والامر غير لازم والمبنى على غير اللازم ليس بلازم بخلاف الكفالة بالذوب فانها غير مبنية على ما ليس بلازم بحر (قوله اوطالبهما) اشار الى ان مطالبتهما لا تفهم من كلام المصنف وانه لو قال وطالبهما لافاده وعلم منه ان له مطالبة احدهما بالاولى ولاغناء ذلك عن قوله بعد ولو طالب احدهما كان له ان يطالب الآخر وهذا اذا كان الدين حالا عليهما اما اذا كان حالا على أحدهما فقط اقتصر الطلب عليه نهر (قوله كما ان الحوالة الخ) نظيره الوصاية حال الحياة وكالة والوكالة بعد الموت وصاية فان قلت قد قالوا ان العارية مدة معينة باجرة اجارة والاجارة بغير اجر ليست اعارة بل اجارة فاسدة قلت انما لم تكن اعارة لان الاجارة تفيد العوض والعارية عدمه فلم تستعر الاجارة للاعارة نهر (قوله له ان يطالب الآخر) بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم توجد منه حقيقة الاستيفاء زيلعى (قوله كان استحق المبيع) او جحدك المودع فأنا ضامن او قتلك او قتل ابنك فلان خطأ فعلى الدية ورضى به المكفول له فهو جائز در عن النهر قال بخلاف ان اكلك سبع انتهى لان السبع ليس بأهل لان يكفل عنه ولان فعله هدر كذا بخط شيخنا (قوله اولنفسه) فيه نظر فان الكفالة بنفس المبيع باطلة اذا كان البيع صحيحا اما اذا كان فاسدا فتصح الكفالة بنفس المبيع وحمل البيع هنا على انه فاسد بعيد كما لا يخفى حموى واقول نقل شيخنا عن الاختيار عند قول الشارح فيما سيأتى اى بطل الكفالة بنفس مبيع فى البيع الصحيح ما نصه وقيل يصح وهو الاصح وتبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده اه (قوله اولامكان الاستيفاء) فان الكفيل اذا سلم المكفول عنه كان استيفاء الطالب ممكنا وان لم يبرأ به الكفيل لكون الكفالة بالمال (قوله وهو مكفول عنه) او مضار به او مودعه او غاصبه لان قدومه وسيلة للاداء در (قوله فأنا ضامن) أى لك المال الذى على فلان لما تقدم انه لا يصير كفيلا بأنا ضامن لك حموى (قوله ان هبت الريح) اوان دخلت الدار او قدم فلان وهو غير مكفول عنه مما ليس ملائما نهر (قوله ولكن تصح الكفالة و يجب المال حالا) هكذا وقع فى الهداية والكافى قال الزيلعى وهو سهو ولان الحكم فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزم المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه ذكره قاضيخان وغيره والثابت فى اكثر النسخ ولا يصح بنحو ان هبت الريح او جاء المطر وان جعلا اجلا فتصح الكفالة و يجب المال حالا ويجاب بما فى النهر من حمل التعليق على التأجيل بجامع ان فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال وصورة جعلهما اجلا ان يقول كفلت به او بمالك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجيء المطر (قوله ليتناول النفس والمال) اقول او الكفالة بتسليم المال حموى (قوله فبرهن) أى على الاصيل او على الكفيل عند غيبة الاصيل ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب نهر عن الخانية وان لم يبرهن لا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة زيلعى (قوله يعنى القول قول الكفيل) لانه منكر للزيادة التى يدعيها الطالب عينى (قوله مع يمينه) على العلم بانك لا تعلم ان اكثر من هذا واجب على الاصيل لا على البتات لان الحلف فيما يجب على الغير ليس الا على العلم حموى و ينبغى ان يقيد بما لو أقر بما يكفل به عادة حتى لو أقر بان له عليه درهما لم يقبل منه نهر (قوله ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) لانه اقرار على الغير و يصدق

اوطالبهما اى اذا صحت الكفالة فالمكفول له بالخيار ان شاء طالب الكفيل به وان شاء طالب المديون وقال مالك يبرأ المديون (الا) أى فهو مخير الا (اذا شرط البراءة) عن المديون (فحينئذ تكون حوالة) فيبرأ المديون (كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة) فحينئذ يخير أيضا (ولو طالب احدهما) ولم يأخذ المال (له ان يطالب الآخر) وله ان يطالبهما (و يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم) لها (كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع) فأنا ضامن لثمنه أولنفسه (أولامكان الاستيفاء) أى لامكان تسليم المكفول عنه عطف على قوله وجوب الحق واللام فيه مقدرة لان الاضافة بمعنى اللام أى كشرط لوجوب الحق (كان قدم زيد وهو) أى زيد (مكفول عنه اولتعذره) أى لتعذر الاستيفاء (كان غاب عن المصر) فانا ضامن (ولا) يصح تعليق الكفالة (بنحو ان هبت الريح) فانا ضامن (و) لكن (لو جعل اجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا) ولو قال ويجب عليه ما تكفل به ليتناول النفس والمال لكان أولى (فان كفل بماله عليه) بان قال تكفلت بمالك عليه (فبرهن) المكفول له (على الف لزمه والا) اى وان لم يبرهن المكفول له (صدق الكفيل بما اقر بحلفه) يعنى القول قول الكفيل فى قدر ما اقر مع يمينه على نفى العلم (ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) أى ان قال المكفول عنه له على ألف وقد اقر الكفيل بخمسمائة ولا بينة للمكفول له لا يجب له على الكفيل الف

المطلوب فى حق نفسه كالمريض اذا اقر بدين برد اقراره فى حق غرماء الصحة ويقبل فى حق نفسه حتى اذا فضل شئ كان للمقرله زيلعى وقوله ينفذ ضبطه العينى بالتشديد وليس بمتعين نهر (قوله وانما يجب ما أقر به) لان الكفالة بماله عليه كفالة بالدين القائم فى الحال نهر (قوله لان الذوب يستعمل فيه عرفا) والوجوب يثبت باقرار المطلوب نهر (قوله فان كفل بامره رجع) معنى الامر ان يشتمل كلامه على لفظة عنى اوعلى بحر عن الخانية فلو تجرد عنهما لم يرجع لجواز ان يكون القصد طلب التبرع الا اذا كان المامور خليطا والخليط هو الذى يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه بحر ايضا عن الفتح وظاهره عدم اشتراط كونه من العيال لكن فى الشرنبلالية عن الاصل والخليط هو الذى يكون فى عياله كالوالد والولد والزوجة وابن الاخ فى عياله او أجيره اوشريكه شركة عنان انتهى وأطلق فى الامر وهو مقيد بمن يصح أمره فلا رجوع على الصبى والعبد المحجور عليه لعدم صحته منهما ولكن يرجع على العبد بعد عتقه وأما الصبى فلا رجوع عليه مطلقا ولو باذن وليه بخلاف المأذون لهما لصحة أمرهما وان لم يكن اهلالها كذا فى البحر أى وان لم يكن كل منهما أهلا للكفالة لكونها تبرعا كما فى الزيلعى وأطلق فى الرجوع فعم مالو جحد الكفيل الكفالة بعد الدعوى بها فبرهن المدعى عليها بالامر وقضى بها على الكفيل وأدى فانه يرجع وان كان متناقضا لانه صار مكذبا شرعا بالقضاء عليه خلافا لزفر بحر أيضا عن تلخيص الجامع الكبير وقد طولب بالفرق بين الامر بالكفالة وما اذا قال ادّ عنى زكاة مالى او اطعم عنى عشرة مساكين لا يرجع مالم يقل على أنى ضامن وحاصل الفرق ان الامر فى الكفالة يتضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عنى وفى قضاء الزكاة والكفارة يتضمن طلب اتهاب وكذا لا يرجع فى الامر بالهبة اوالتعويض عنها أو الاقراض او الحج او العتق عن كفارته ولو قال عنى اوعلى الا اذا قال على انى ضامن نهر عن الخانية وفيه عنها المسلم الاسير اذا اشتراه رجل بغير أمره يكون متطوعا وبأمره كذلك فى القياس وفى الاستحسان يرجع وان لم يقل على ان ترجع على وعلى هذا لو قال أنفق من مالك على عيالى او بناء دارى فأنفق يرجع وكذا لو أمره ان يقضى دينه ولم يقل على ان ترجع على ولا على أنى ضامن رجع على كل حال انتهى وفيه عن المجمع اذا كفل الاب عن ابنه الصغير مهر امرأته ثم مات الاب واخذ من تركته كان للورثة الرجوع فى نصيب الابن لانه كفالة بامر الصبى حكما لثبوت الولاية فلو أدى بنفسه فان اشهد رجع والا لا انتهى (تتمة) أدى بكفالة فاسدة يرجع كصحيحة كما لو كفل ببدل الكتابة وأدى على ظن انه يجبر على ذلك در عن جامع الفصولين ومصنف التنوير فهذه تستثنى من قولهم لا عبرة بالظن البين خطاؤه (قوله بما ادى) يشير الى ماذكره العينى من انه اذا صالحه على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى الا اذا صالحه على ان يهبه الباقى ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة انتهى (قوله رجع بمثل ماضمن) لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهى جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل اليه الدين بمقتضى الهبة ضرورة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردأ من الدين وان أدى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ فى ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع عليه بما ادى مالم يخالف أمره بالزيادة او بأداء جنس آخر عينى (قوله وان كفل بغير أمره لم يرجع) لتبرعه الا اذا أجاز فى المجلس فيرجع وحيلة الرجوع بلا امر ان يهبه الطالب الدين ويوكله بقبضه در عن الولوالجية والعمادية ومافى الدرر من قوله وبدون أمره لم يرجع وان أجاز بعد العلم أى اجاز بعد المجلس وفى قوله بعد العلم اشارة اليه وكذا لا يرجع اذا دفع المكفول به قبل وجوبه على الاصيل كما اذا كفل عن المستأجر بالاجرة فدفعها قبل الوجوب لا رجوع له بحر (قوله قبل ان يؤدى عنه) لانه التزم المطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء لانه من الموكل بمنزلة البائع من

المشترى

وانما يجب ما أقر به بخلاف ما اذا قال ماذاب لك على فلان فعلى فقال الطالب لك على الف درهم وقال المطلوب لا بل الفان ولا بينة له وقال الكفيل مالك عليه شئ فههنا القول قول المطلوب لانه ثمة قد تكفل بما يجب عليه فى المستقبل لان الذوب يستعمل فيه عرفا كذا فى الاصل (وتصح الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره فان كفل بامره رجع) الكفيل بعدما ادّى (بما أدّى عليه) أى اذا ادّى ما ضمنه وان أدّى خلافه رجع بما ضمن لا بما ادّى حتى لو كفل عن رجل بدراهم جياد واعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمن على الاصيل (وان كفل بغير أمره لم يرجع) الكفيل عليه بشئ خلافا لمالك (ولا يطالب) الكفيل (الاصيل بالمال قبل ان يؤدى عنه) اى عن ذمة الاصيل وهو المكفول عنه

المشترى عينى قال فى النهر وهو مبنى على ان الملك يقع للوكيل ابتداء لكن سيأتى ان الراجح انه يقع للموكل فلا يتم الفرق وفى الدر عن الخانية للكفيل أخذ رهن من الاصيل قبل ادائه (قوله فان لوزم لازمه) هـذا اذا كفل بامره ولم يكن على الكفيل للمطلوب دين مثله والا فلا ملازمة ولا حبس درعن السراج وينبغى ان يقيد أيضا بما اذا كان المال حالا على الاصيل كالكفيل والا فليس له ملازمته وسيأتى بيان الحلول على الكفيل وحده كذا فى البحر والمحال عليه اذا لوزم او حبس وكانت الحوالة بالامر كالكفيل نهر (قوله فان حبس الكفيل حبس المكفول عنه أيضا) قيده فى الشرنبلالية بما اذا لم يكن من اصول الدائن فاذا كان المدين أصلا لا يحبس كفيله ولا يلزم لما يلزم من فعل ذلك بالاصيل وهو ممتنع انتهى وأقول فى دعوى اللزوم نظر بدليل مانقله شيخنا عن القهستانى ونصه وان حبس حبس هو المكفول عنه الا اذا كان كفيلا عن أحد الابوين او الجدين فانه ان حبس لم يحبسه به يشعر قضاء الخلاصة انتهى فهـذا صريح فى ان حبس الكفيل لا يمتنع وان كان المدين من أصول رب الدين انما الممتنع حبس الاصيل فقط فلا يعول على مافى الشرنبلالية وان تبعه بعضهم لكونه مخالفا للمنقول (قوله وبرئ الكفيل باداء الاصيل) لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين فى الصحيح وانما عليه المطالبة بدون الدين زيلعى تبعا للهداية وظاهره ان القائل بان الكفيل عليه دين يقول لا يبرأ باداء الاصيل وليس كذلك بل يبرأ اجماعا لان تعدد الدين عند القائل به امر حكمى فيسقط باداء واحد بحر (قوله ولو ابرأ الاصيل الخ) قيد بابرائه لان براءته لا توجب براءة الكفيل فلو ضمن له ألفا على فلان فبرهن فلان انه كان قضاه اياها قبل الكفالة برئ الاصيل دون الكفيل ولو بعدها برئا وبتأخيره لان تأخير المطالبة عن الاصيل لا بتأخير الطالب لا يسقطها عن الكفيل كما لو كفل بما يلزم العبد المحجور بعد عتقه نهر عن الخانية (قوله برئ الكفيل) بشرط قبول الاصيل وموته قبل القبول والرد يقوم مقام القبول ولو ردّه ارتد وهـل يعود الدين الى الكفيل أم لا خلاف نهر عن الفتح وفيه عن جامع الفصولين باع المديون بيع وفاء برئ كفيله فلو تفاسخا لا تعود الكفالة له انتهى أى باع المديون من رب الدين شيئا بالدين الذى تكفل به الكفيل بيع وفاء (قوله ولا ينعكس) لعدم تبعية الاصل للفرع در (قوله برئ هو) قبل أولا لان عليه المطالبة وبقاء الدين بدونها جائز ولا يتأخر الدين عليه بالتأخير عن الكفيل لانه ابراء موقت فيعتبر بالمؤبد وأورد ان المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده فـما هذا الاعتبار وأجيب بان الابراء المؤبد اسقاط محض فى حق الكفيل لا تمليك فيه اذ ليس عليه الا مجرد المطالبة وأما الموقت فتأخير مطالبة لا اسقاط نهر ولو وهب الدين له ان كان غنيا او تصدق به عليه ان كان فقيرا يشترط القبول وهبة الدين لغير من عليه الدين تصح اذا سلط عليه والكفيل مسلط على الدين فى الجملة وبعد الهبة أو الصدقة للكفيل الرجوع على الاصيل درر بقليل زيادة بخط شيخنا والحاصل كما فى الشرنبلالية ان الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف فى الابراء لا يحتاج الى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفى الاصيل يتفق حكم ابرائه والهبة والصدقة فيحتاج الى القبول فى الكل انتهى (قوله فانه يتأجل عن الاصيل أيضا) لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين ولو أدى الكفيل قبل حلول الاجل لا يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل ولو حل على احدهما بموته لا يحل على الآخر ولو ماتا أخر الطالب ولو طالبه فقال اصبر حتى يجئ الاصيل فقال لا تعلق لى عليه انما تعلقى عليك هل يبرأ قيل نعم وقيل لا وهو المختار در (قوله برئا) أما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه يبرأ بالصلح وبراءته توجب براءة الكفيل وأما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل فيبرأ الاصيل ضرورة وهذه المسئلة على أربعة اوجه اما ان يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل فكذلك اولم يشترط شئ فكذلك أو شرط ان يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل عينى فيرجع الكفيل عليه بخمسمائة ان

(فان لوزم) الكفيل بالمال (لازمه) حتى يخلصه فان حبس الكفيل حبس المكفول عنه ايضا (وبرئ) الكفيل (باداء الاصيل ولو ابرأ) رب المال (الاصيل) عن الدين (أو أخر) الطالب المطالبة (عنه) أى عن الاصيل (برئ الكفيل) (وتأخر) المطالبة (عنه) اى عن الكفيل ايضا فيه لف ونشر الاول بالاول والثانى بالثانى (ولا ينعكس) اى لو ابرأ الكفيل برئ هو لا الاصيل وكذا لو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الاصيل فى الصورتين وهذا فيما اذا كفل حالا اما اذا كان التأخير لو كفل بالمال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل ايضا (ولو صالح احدهما) مطلقا سواء كان كفيلا او اصيلا (رب المال عن الالف على نصفه برئا) عن الخمسمائة الاخرى فلا يرجع الكفيل الا بنصف الالف على الاصيل فيما صالح

كانت بامره والطالب بخمسمائة نهر (تتمة) صالح الكفيل الطالب على شئ ليبرئه عن الكفالة لا يصح الصلح ولا يجب المال على الكفيل خانية قال فى البحر وهو باطلاقه شامل للكفالة بالمال والنفس انتهى قال شيخنا وهذا يفيد بقاء الكفالة (قوله بخلاف ما اذا صالح الخ) لانه مبادلة فملك ما فى ذمة الاصيل فيرجع بكل ما عليه درر (قوله اقرار بالايفاء) لان البراءة التى يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء منه فصار كانه قال دفعت الى فلا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل زيلعى (قوله أو ابرأتك) سياق كلام الشارح يقتضى الاتفاق على عدم الرجوع فى ابرأتك وبه صرح فى البحر وكذا قوله أنت فى حل من المال بالاجماع لان لفظ الحل يستعمل فى البراءة بالابراء دون البراءة بالقبض نهر (قوله لا يرجع) لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الى محتمل يحتمل انه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك زيلعى (قوله وعند أبى يوسف يرجع فى برئت) لانه لا يحتمل الا الابراء بالقبض لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع المال بين يديه ويخلى بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ زيلعى وفى النهر عن العناية واختاره صاحب الهداية وهو أقرب لاحتمالين فكان أولى وهذا اذا غاب الطالب وان كان حاضرا يرجع اليه فى البيان لصدور الاجمال منه درر والظاهر انه فى لفظ الحل لا يرجع اليه فى البيان لظهور انه سامحه لانه أخذ شيئا منه وفرق محمد بان العرف انه انما يكتب عليه ذلك اذا وجد الايفاء فجعلت الكتابة اقرارا ولا عرف عند الابراء لانه لا يكتب الصك عليه نهر والحوالة كالكفالة فى هذا بحر والوكيل بالشراء اذا أبرأه البائع عن الثمن يرجع به على الموكل لملكه ما فى ذمته زيلعى (قوله وبطل تعليق الخ) لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط عينى (قوله وقيل يصح) لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا زيلعى ورجحه فى الفتح بان المنع لمعنى التمليك وذلك يتحقق بالنسبة الى المطلوب أما الكفيل فالمحقق منه المطالبة فكان ابراؤه اسقاطا محضا وظاهر ما فى الزيلعى وغيره ترجيح الاول لجزم المصنف به كغيره وحمل فى الدراية رواية الكتاب على ما اذا كان الشرط غير متعارف نهر والمراد من كون الشرط غير متعارف ان لا يكون فيه للطالب نفع درر (قوله وبطل الكفالة بحد وقود) لانه لا يتحقق اذا أقيم على غير الجانى عينى (قوله معناه بنفس الحد) فان كفل بمن عليه الحد صح لانه أمكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الصحة ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح بها فى الحدود الخالصة لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص فى الفوائد الخبازية على ان ذلك فى الحدود التى للعباد فيها حق كحد القذف لا غير نهر عن الفتح وشرح الهداية للعينى (قوله ومبيع) اعلم ان الاعيان اما مضمونة بنفسها وهى ما يجب قيمتها عند الهلاك أو بغيرها وهى ما لا يجب قيمتها أو امانة والاول تصح الكفالة به كما سيأتى ولا تصح بالثانى والثالث لفقد شرطها وهو ان يكون مضمونا على الاصيل لا يخرج عنه الا بدفع عينه أو بدله والمبيع مضمون بالثمن والمرهون بالدين والثالث ظاهر نهر لكن قدمنا عن الاختيار ان الاصح صحة الكفالة بالمبيع فان هلك قبل القبض بطلت الكفالة للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده (قوله ومرهون) سواء ضمنه للراهن أو للمرتهن بحر عن جامع الفصولين (قوله وأمانة) لانها ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها لكن قال فى الفتح الوجه عندى صحة الكفالة بتسليم الامانة اذ لا شك فى وجوب ردها عند الطلب غير انه فى الوديعة وأخويها يعنى الاعارة والاجارة يكون بالتخلية وفى غيرها بحمل المردود الى ربه نهر (قوله ولو كفل بتسليم المبيع الخ) لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن التزامه وان هلكت

بخلاف ما اذا صالح الكفيل رب المال
على جنس آخر حيث يرجع بكل الالف
(وان قال الطالب للكفيل برئت)
حال كونك مؤديا (الى من المال)
الذى كفلت به عن فلان (رجع
الكفيل (على المطلوب) اذا كفل
بامره والا لا لانه اقرار بالايفاء (وفى
برئت او أبرأتك لا) يرجع وعند أبى
يوسف يرجع فى برئت (و) بطل
تعليق البراءة من الكفالة بالشرط)
بأن قال الطالب للكفيل اذا قدم
زيد فأنت برىء من الكفالة وقيل
يصح (و) بطل (الكفالة بحد وقود)
معناه بنفس الحد والقود لا بنفس
من عليه الحد والقصاص (ومبيع)
اى بطل الكفالة بنفس مبيع فى
البيع الصحيح (ومرهون وأمانة)
كالوديعة والمستعار ومال المضاربة
والشركة والمستأجر وعند أبى يوسف
ومحمد العين فى يد الاجير المشترك
مضمون فتصح الكفالة به عندهما
ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض
او بتسليم الرهن بعد القبض الى
الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر

العين برئ الكفيل وقيل ان كان واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه في مجلس العقد وان كان غير واجب كالوديعة لا تجوز الكفالة بتسليمه لانه غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل وبهذا القيل جزم شراح الهداية نهر (قوله وصح لو ثمنا) لانه دين صحيح على المشترى الا ان يكون صبيا محجورا عليه فلا يلزم الكفيل تبعا للاصيل در عن الخانية ولو ظهر فساد البيع رجع الكفيل على البائع أو المشترى ولو فسد بعد صحته رجع الكفيل على المشترى وهو على البائع نهر عن التتارخانية (قوله ومقبوضا على سوم الشراء) لانه مضمون عليه بالقيمة عينى وهذا اذا كان الثمن مسمى والا فهو أمانة كما مر نهر (قوله ومبيعا فاسدا) لانه مضمون بالقيمة عينى حتى اذا هلك عند القابض وجب الضمان على الكفيل ومما تصح الكفالة به من الاعيان بدل الصلح عن دم لو كان عمدا فان هلك قبل القبض فعليه قيمته ومنها المهر وبدل الخلع لان هذه الاشياء لا تبطل بهلاك العين بحر عن الخانية (قوله سواء كان المغصوب ثمنا الخ) لا محل لهذا هنا وانما محله بعد قوله ومغصوبا حموى (قوله وحمل دابة) عطف على بحد وكان الاولى ان يصله بالمعطوف عليه حموى (قوله أى لا تصح الكفالة بحمل دابة معينة) لانه عاجز عن الحمل عليها بتقدير هلاكها واذا كانت غير معينة يجوز لانه قادر على ذلك أى دابة شاء والحمل هو المستحق عليه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز للقدرة عليه عينى (قوله و بلا قبول الطالب الخ) لان فيها معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فتقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف واجمعوا انه لو قبل عنه قابل توقف فاطلاق نفى الصحة بلا قبول الطالب غير صحيح نهر وزيلعى (قوله خلافا لابى يوسف) لانها التزام يستبد به الملتزم وفى النهر عن البزازية وعليه الفتوى ومثله فى الدرر عن تلخيص الجامع الكبير لكن فى الدر عن مصنف التنوير بالعز والى الطرسوسى الفتوى على قولهما (قوله فيهما) أى فى الكفالة بالنفس وبالمال قال العينى والخلاف فى الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل يشترط عنده القبول لكنه لا يشترط فى المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فاجاز جاز انتهى (قوله تكفل عنى) قيد به لانه لو تبرع الوارث بذلك بان ضمن ما عليه للغرماء فى غيبتهم لم يصح نهر عن السراج (قوله وان كان القياس الخ) لان الطالب غائب ولا يتم الضمان الا بقبوله وجه الاستحسان ان هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية درر (قوله وهذا التكفيل انما يصح الخ) وما فى البحر من انه لا فائدة فيه لانا حيث شرطنا فى صحتها وجود المال فالوارث يطالب به على كل حال واذا لم يكن له مال لا تصح قد يدفع بأن فائدتها تظهر فى تفريغ ذمته نهر (قوله قيل يجوز) لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبى اذا قضى دينه بأمره يرجع فى تركته كذا بخط شيخنا (قوله وقيل لا يجوز) لان الاجنبى غير مطالب بدينه بدون التزام فكان المريض فى حقه والصحيح سواء كذا بخط شيخنا وفى النهر عن الفتح ان الصحة اوجه (قوله فيصح عندهما) لانه كفالة بدين سابق لان الموت لا يوجب سقوطه وروى انه عليه الصلاة والسلام أتى بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين فقالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال أبو قتادة هما على يا رسول الله فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه فى حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء او الابراء ولهذا يبقى فى حكم الآخرة ولو لم يكن عليه دين لما جاز أخذه من المتبرع وكذا يبقى ان كان به كفيل أو ترك مالا زيلعى (قوله وعند أبى حنيفة لا يصح) لانه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل يقال وجب عليه الدين أى اداؤه كما يقال وجبت عليه الصلاة والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال فى حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضى قيام الدين فى حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة اذ لا يضم الموجود الى المعدوم الا انه فى الحكم مال لانه يؤل اليه وقد عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه يبرئه فى الآخرة زيلعى

(وصح) الكفالة (لو) كان المكفول به (ثمنا) بان كفل عن المشترى بثمنه (ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا) حال كون المبيع (فاسدا) مطلقا سواء كان المغصوب ثمنا وعينا وقال الشافعى لا تصح الكفالة بالاعيان المضمونة (وحمل دابة) اى لا تصح الكفالة بحمل دابة (معينة مستاجرة وخدمة عبد) معين (استؤجر للخدمة) وان كانت بغير عينها صحت الكفالة (و) بطلت الكفالة بالنفس والمال (بلا قبول الطالب فى مجلس العقد) عندهما خلافا لابى يوسف فيهما (الا) اى لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له الا (ان يكفل وارث المريض عنه) صورته ان يقول المريض لوارثه تكفل عنى بما على من الدين لغرمائى فتكفل به مع غيبة الغرماء جاز استحسانا وان كان القياس على قولهما انه لا يجوز وهذا التكفيل انما يصح اذا كان للمريض مال وانما قيد بالوارث لانه لو قال لاجنبى تكفل فتكفل الاجنبى دينه قيل يجوز وقيل لا يجوز (وعن ميت مفلس) أى اذا مات المديون مفلسا فتكفل رجل عنه للغرماء فيصح عندهما وعند أبى حنيفة لا يصح والوارث وغيره سواء فيه

ولو لحقه دين بعد موته صحت الكفالة به بان حفر بئرا على الطريق فتلف به شئ بعد موته لزمه ضمان المال في ماله وضمان النفس على عاقلته لثبوت الدين مستندا الى وقت السبب وهو الحفر الثابت حال قيام الذمة درعن البحر (قوله وبالثمن للموكل أو رب المال) أى اذا ضمن الوكيل بالبيع او المضارب الثمن للموكل اورب المال لم يصح أما فى كفالة الوكيل فلان حق القبض له فيكون ضامنا لنفسه وكذا فى كفالة المضارب بل هو اولى من الوكيل لان المضارب فى البيع أصيل ولهذا لاتبطل المضاربة بموت رب المال و بعزله فيكون ضامنا لنفسه واعلم ان كلامهم هنا يفيدان الوصى والناظر لا يصح ضمانهما الثمن عن المشترى لان حق القبض لهم بالاصالة ولهذا لو أبرآه عن الثمن صح وضمنا والرسول يصح ضمانه والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام لانه سفير ومعبر وكذا الوكيل بالنكاح يصح ضمانه المهر لما قلنا (قوله بطل الضمان) لانه يصير ضامنا لنفسه لانه مامن جزء يؤديه المشترى من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وانه لايجوز زيلعى ولو أبدل المصنف قوله اذا بيع عبد صفقة بقوله بدين مشترك كما فى التنوير ليشمل ما اذا كانت الشركة فيه بغير البيع ولو بالارث لكان اولى (قوله صح الضمان) لان نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة عينى (قوله لانها اسم مشترك) تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فقد ضمن مالا يقدر عليه فلا يصح وتقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل البيان عينى وظاهر كلامهم انه اذا فسرها بغير ضمان الدرك لم يصح نهر عن البحر لا يقال ينبغى ان يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال زيلعى (قوله عند أبى حنيفة خلافا لهما) والخلاف مبنى على تفسيره فهما فسراه بتخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر وهذا ضمان الدرك فى المعنى وفسره الامام بتخليص المبيع فقط ولا قدرة له عليه ولو ضمن تخليص المبيع أورد الثمن صح اجماعا لانه ضمن ما يمكن الوفاء به نهر (قوله ومال الكتابة) قيد به لان بدل العتق تجوز الكفالة به كما قدمناه عن البحر لانه دين وجب عليه بعد الحرية فلا يؤدى الى التنافى وكذا اذا كان على المكاتب دين لرجل فتكفل به انسان يجوز حموى ونقل عن كفالة الصغرى ان الكفالة ببدل الكتابة وان لم تصح لكن اذا أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى يعنى اذا كانت الكفالة بالامر وهذا مخالف لما قدمناه عن الدر معزيا للمصنف التنوير من انه لا يرجع الا اذا أدى على ظن انه مجبر على الاداء اللهم الا ان يحمل ما هنا على ذلك ايضا ثم نقل عن المفتاح معزيا للمبسوط ان تخصيص بدل الكتابة غير مفيد اذ كذلك تبطل الكفالة بدين آخر للمولى على المكاتب انتهى وأما بدل السعاية فقد قدمنا انه كبدل الكتابة عند الامام خلافا لهما

(فصل) قوله لا يسترد منه لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترد ما دام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى زيلعى قال فى البحر سئلت هل يعمل نهيه عن ادائه فاجبت بانه ان كان كفيلا بالامر لم يعمل نهيه لانه لا يملك استرداده والا عمل وبهذا ظهر أن الكفالة توجب دينا للكفيل على الاصيل لكنه مؤجل الى وقت الاداء ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا او ابرأه او وهب منه الدين صح نهر عن النهاية واعلم ان عدم استرداده مقيد بما اذا لم يؤخره الطالب عن الاصيل أو الكفيل فان اخره له ان يسترده حموى عن المفتاح (قوله او على وجه الرسالة) لانه تعلق به حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم ينقض دينه عينى (قوله وما ربح الكفيل له) يعنى طاب له ما ربح فى المال الذى قبضه من المطلوب قبل ان يعطى هو للطالب لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو او الاصيل الا ان فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة الا انه لا يظهر مع الملك فيما لا يتعين كالدراهم وان قضى الكفيل فلا خبث بالاجماع عينى ونهر (قوله وندب رده) اذا قضى الاصيل الدين ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان

(و) بطل الكفالة (بالثمن للموكل أورب المال) اذا باع رجل لرجل ثوبا بأمره ثم ضمن الثمن عن المشترى للآمر اوباع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثوب لرب المال لا يصح (وللشريك) أى بطل الكفالة بالثمن للشريك (اذا بيع عبد صفقة) اى اذا باعا عبدا من رجل صفقة واحدة فضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان وانما قيد بقوله صفقة لانه لو باع كل منهما حصته بعقد ثم ضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان (و) بطل الكفالة (بالعهدة) أى ان اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لانها اسم مشترك (والخلاص) أى بطل الكفالة لو ضمن تخليص المبيع عند أبى حنيفة خلافا لهما (ومال الكتابة) أى اذا قال رجل للمولى أنا كفيل عن هذا المكاتب بمال كتابته لا يصح (فصل ولو اعطى المطلوب الكفيل) ما ضمن مما لا يتعين كالدراهم أو مما يتعين كالبر (قبل ان يعطى الكفيل الطالب لا يسترد) المطلوب (منه) أى من الكفيل مطلقا سواء كان الدفع على وجه الاقتضاء او على وجه الرسالة فان اداه بنفسه قبل اداء الكفيل يسترد من الكفيل ما أخذ (وما ربح الكفيل) فى ذلك (له وندب رده) أى ربح المال (على المطلوب

لوكان) الربح (شيئا يتعين) ولا يجبر عليه فى الحكم (على منلا مسكين) هذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير وقالا لا يرده على الذى قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به هذا اذا دفع المال على وجه القضاء بأن قال له انى لا آمن ان يأخذ الطالب منك حقه فانا اقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب فانه لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما يتعين اومما لا يتعين عندهما خلافا لابى يوسف (ولو أمر) المكفول عنه (كفيله ان يتعين عليه) أى ان يشترى بيع العينة (حريرا) وهو مكروه والعينة مشتقة من العين سمى بها لانه اعرض رب المال عن القرض الى بيع العين قيل اياك والعينة فانها العينة وهى مخترعة لحل الربا والمراد بالعينة ان يأتى المحتاج الى رجل يستقرض منه عشرة دراهم فلا يقرضه قرضا حسنا طمعا فى اصابة الفضل الذى لا يناله بالقرض فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثنى عشر الى اجل ليبيعه فى السوق بعشرة فيحصل له ربح درهمين (ففعل) واشترى حريرا وباع باقل مما اشترى (فالشراء للكفيل والربح عليه ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه) أى بما وجب للمكفول له على المكفول عنه (اوبما قضى له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعى على الكفيل ان له) اى للطالب (على المطلوب الفا لم تقبل) بينته على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه ولو قال الطالب انى قدمت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضى واقمت البينة عليه بألف درهم وقضى لى بذلك عليه فصرت كفيلا بذلك صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضى على الكفيل والغائب بألف (ولو برهن) رجل على (ان له على زيد) الغائب (كذا او) برهن (ان هذا كفيل عنه بأمره

والاشبه انه يطيب له عينى (قوله لو كان الربح شيئا يتعين) صوابه لو كان المقبوض من المطلوب كما نص عليه الزيلعى والنهر والفيض وافاده العينى أيضا بقوله لو كان الذى اخذه شيئا يتعين (قوله ولا يجبر عليه فى الحكم) لو اخره عن قوله هذا عند أبى حنيفة فى رواية الجامع الصغير لكان اولى دفعا للايهام (قوله فى رواية الجامع الصغير) هى الاصح لان الخبث لحق المطلوب فاذا رده اليه وصل اليه حقه نهر (قوله وقالا لا يرده) لانه ربح فى ملكه فيسلم له بحر (قوله على وجه القضاء الخ) فلو اطلق عند الدفع ولم يبين انه على وجه القضاء او الرسالة يقع عن القضاء كما فى الشرنبلالية عن القنية وفرع عليه ان الربح يكون للكفيل عند الاطلاق (قوله سواء كان المدفوع مما يتعين اومما لا يتعين عندهما) لعدم الملك والخبث فيه يعمل فيما يتعين وما لا يتعين كذا بخط شيخنا وعلى هذا الخلاف المودع لو تصرف فى الوديعة وربح نهر (قوله خلافا لابى يوسف) فيطيب له الربح لعدم التعيين واصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة زيلعى واستدل ابو يوسف بقوله عليه الصلاة والسلام الخراج بالضمان بحر (قوله وهو مكروه) يعنى عندهما لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض حتى قال محمد هذا البيع فى قلبى كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال العينى والمراد باتباع اذناب البقر الزراعة وقال ابو يوسف لا يكره لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا عليه حموى (قوله مشتقة من العين) بناء على القول بجواز الاشتقاق من اسماء الاعيان حموى (قوله سمى بها) أى هذا البيع بالعينة حموى (قوله والعينة) بكسر العين السلف واعين الرجل اشترى شيئا نسيئة شيخنا عن الايضاح (قوله اياك والعينة الخ) اشد منها البياعات الكائنة الآن كبيع العسل والزيت والشيرج فانه استقر الحال على بيعها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين عن الظرف وبه يصير البيع فاسدا وهو فى حكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة الصحيح المختلف فى كراهته نهر عن الفتح (قوله والمراد بالعينة الخ) كذا فى الهداية وادعى فى الفتح انه لا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله تعين على حريرا ذهب فاقترض فان لم يرض المسؤل ان يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه قال فى النهر اقول لم لا يجوز ان يكون المراد اعرض عن الدين الى العين حيث لم يتيسر ذلك (قوله فيقول له ابيعك هذا الثوب الخ) وقيل هو ان يشتريه باكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالاقل الذى اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بائعه أى المشترى المديون تحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وقيل هو ان يقرضه خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض التى دفعها له فلم يخرج منه الا عشرة قال فى النهر عن الفتح والذى يقع فى قلبى ان ما يخرجه الدافع ان فعل صورة يعود فيها اليه هو او بعضه كعود الثوب اليه فى الصورة الثانية وكعود الخمسة فى صورة اقراض الخمسة عشر فيكره يعنى تحريما وما لم ترجع اليه العين التى خرجت منه لا يسمى بيع العينة كالصورة التى ذكرها الشارح فلا كراهة فيه الا خلاف الاولى انتهى قلت ما ذكره فى الفتح يصلح ان يكون توفيقا بان يقال قول محمد بالكراهة يحمل على ما اذا عاد المدفوع كله او بعضه للتاجر وقول أبى يوسف بعدم الكراهة يحمل على ما اذا لم يعد اليه شئ منه وكذا الحديث يحمل على ما حمل عليه قول محمد فسقط ما عساه يقال كيف قال ابو يوسف بعدم الكراهة مع ورود الحديث المقتضى للزوم (قوله والربح عليه) أى الربح الذى ربحه التاجر على الكفيل ولا يلزم الآمر شئ لانه اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله على لانها للوجوب فلا يجوز لان الضمان لا يكون الا بمضمون واما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا الى الامر به فلا يجوز أيضا للجهالة نوع الحرير وثمنه زيلعى وعينى والتعليل بالجهالة يفيد انه عند عدمها يلزم الآمر لكن لم ار من صرح به (قوله بما ذاب الخ) المراد بذاب وقضى الاستقبال وان كانا ماضيين حموى عن الكافى (قوله لم تقبل بينته على الكفيل) لانه لو قضى به لكان قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم والكفيل

قضى له به عليهما ولو) ادعى الكفالة (بلا امر قضى على الكفيل) فقط دون الاصيل ولا يرجع على المطلوب (وكفالته بالدرك تسليم) اى اذا باع دارا فكفل رجل للمشترى على البائع بما ادركه فيه من درك فكفالته بالدرك تسليم (للبيع) حتى لو ادعى الكفيل على المشترى ان الدار ملكه لا تسمع دعواه بعد ذلك (وشهادته وختمه لا) اى لو كتب شهادته على صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له تصح دعواه فلا تكون الشهادة والختم تسليما واقرارا بان الملك للبائع اما لو شهد بالبيع عند القاضى وقضى بشهادته اولم يقض فادعى بعد ذلك فلا تصح دعواه واعلم ان الجواب المذكور فى الكتاب محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء او كتب جرى البيع بينهما بمحضرى او كتب اقر بالبيع والشراء عندى اما اذا كتب فى الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان فى صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه اوباع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فلا تصح دعواه اما اذا كان فى الصك باع فلان كذا واقر انه باع ملكه تصح دعواه بعد ذلك كذا فى شروح المبسوط والجامع الصغير قوله وختمه اشارة الى عرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادة فى صك الشراء ختم فى آخره حتى يكون ذلك علامة الكتابة ولم يبق ذلك العرف فى زماننا (ومن ضمن عن آخر خراجه او رهن به) اى بالخراج (او ضمن نوائبه او قسمته صح) فى المغرب النائبة النازلة التى تصيب الانسان بحق كـكرى نهر مشترك بينه وبين غيره واما النوائب التى يطالب الانسان بغير حق كالجبايات فى زماننا فلا تصح الكفالة بها وقال بعضهم تصح القسمة قبل النائبة

لا يصلح خصما هنا الا انه انما تكفل بمال يقضى به بعد الكفالة حتى فى الكفالة بالذوب لما علم من انه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاءك أى يطيله لانه جعل الذوب شرطا والشرط لابد ان يكون مستقبلا على خطر الوجود قال فى البحر وجزمهم هنا بعدم القبول ينبغى ان يكون على الرواية الضعيفة أما على اظهر الروايتين المفتى به من نفاذ القضاء على الغائب فينبغى النفاذ (قوله قضى له به عليهما) أى على الحاضر والغائب لان المكفول به هنا مال مطلق عن التوصيف بكونه مقضيا به أو يقضى به ودعوى المدّعى مطلقة فصحت وقبلت البينة لابتنائها على صحة الدعوى بخلاف ما مر فان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة فلم تطابقها الدعوى ولا البينة نهر قال فى البحر وهذه حيلة اثبات الدين على الغائب والمذهب عندنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادّعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب واذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدّعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل فيبقى المال على الغائب (قوله قضى على الكفيل فقط) لان صحة الكفالة بلا امر المكفول له انما تفيد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى زعمه الى غيره اما بالامر الثابت فتتضمن اقرار المطلوب بالمال اذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف به فلهذا صار مقضيا عليه بخلافه بغير أمره نهر (قوله وكفالته بالدرك تسليم) لان اقدامه اقرار بأن البائع مالك له وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك عينى (قوله ان الدار ملكه) او ادّعى الشفعة أو الاجارة عينى (قوله لا تسمع دعواه) لان المقصود ابرام البيع (قوله وختمه لا) ولم ار ما الوتعارفوا رسم الشهادة بالختم فقط والذى يجب ان يعول عليه اعتبار المكتوب فى الصك فان كان فيه ما يفيد الاعتراف بالملك ثم ختم كان اعترافا والا لا نهر (قوله فلا تكون الشهادة والختم تسليما) اذ البيع يوجد من غير المالك وكتب الشهادة ليحفظ الواقعة اولينظر حتى لو رأى فيه مصلحة اجازه قال فى البحر وقولهم هنا ان الشهادة لا تكون اقرارا بالملك يدل بالاولى على ان السكوت زمانا لا يمنع الدعوى وسيأتى تمامه فى مسائل شتى آخر الكتاب عند قوله باع عقارا وبعض اقاربه حاضر الخ انتهى لكن نقل شيخنا عن فتاوى الشيخ الشلبى ان حضوره مجلس البيع وسكوته بلا مانع له من الدعوى بعد ذلك حسما لباب التزوير ويتعلق بهذا المقام فوائد ذكرناها صدر كتاب الاقرار (قوله فلا تصح دعواه) لان الشهادة به على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات زيلعى (قوله اما لو شهد بالبيع عند القاضى الخ) مثله فى الزيلعى والغله فى الفتح والعناية وتبعهما فى البحر شيخنا (قوله خراجه) أى الموظف وهو الذى يجب فى الذمة بأن يوظف الامام كل سنة فى مال على ما يراه لا خراج المقاسمة وهو الذى يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب فى الذمة فلم يكن فى معنى الدين وقرينة ارادة الموظف قوله او رهن به اذ الرهن بخراج المقاسمة غير صحيح بخلاف الموظف وصح الرهن به لانه كالكفالة بجامع التوثق فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه زيلعى قال فى النهر ونقض فى البحر الكلية بالدرك فان الكفالة به جائزة دون الرهن قال الحموى وغير خاف ان هذا النقض لا يتم لما تقرر ان قضايا الفقهاء اغلبية لا كلية ومعنى كونها كلية انها ليست داخلة تحت شئ لا الكلية بمعنى الانطباق على كل فرد انتهى (قوله فلا تصح الكفالة بها) لانها شرعت لالتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ عليه وفى النهر عن الخلاصة وعليه العامة وجعله العينى قول صدر الاسلام وما قيل من صحة الكفالة بها قول فخر الاسلام وذكر فى غاية البيان ان صدر الاسلام وفخر الاسلام اخوان كلاهما شرح الجامع الصغير (قوله وقال بعضهم تصح) لوجود المطالبة ولو بباطل قال صدر الشريعة وابن الكمال وعليه الفتوى ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين فعدل كان مأجورا وقلما يكون ذلك ويرجع على المكفول عنه ان كان بأمره وان لم يشترط الرجوع وقيده شمس الائمة بما اذا كان طائعا فان كان مكرها لم يعتبر أمره فى الرجوع وفى البزازية قال

لرجل

لرجل خاصنى من مصادرة الوالى اوقال الاسير ذلك فخلصه رجع بلاشرط على الصحيح درونهر (قوله فيكون العطف للتفسير) فيه ان عطف التفسير من خصائص الواو حموى (قوله فيكون عطف الخاص على العام) فيه ان عطف الخاص على العام وعكسه من خصوصيات الواو وحتى كذا قيل وتعقب بأن العكس من خصائص الواو فقط (قوله فالقول للضامن) مع الحلف حموى بخلاف مااذا اقر بالدين المؤجل فصدقه المقرله فى الدين وكذبه فى الاجل حيث يكون القول فيه قول المقرله لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقالنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلابينة ولان الاجل فى الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلا على الاصيل وفى الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفى النوع القول للمقر لانه صفة الدين زيلعى قال والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمؤاخذة فى الحال ان اقر ان يقول للمدعى هذا الذى تدعيه من المال حال ام مؤجل فان قال مؤجل فلادعوى عليه فى الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلى اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد اتواء حقه انتهى (قوله حتى يقضى له بالثمن) على البائع لان الثمن لا يخرج عن ملك البائع مالم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح نهر عن الفصول وكذا اذا كان الثمن عبدا فاستحق فاعتقه البائع بعد حكم القاضى للمستحق نفذ عتقه بحر وهذا فى الاستحقاق الناقل واما المبطل كدعوى النسب ودعوى الوقف وانها كانت مسجدا يرجع على الكفيل وان لم يقض بالثمن على المكفول عنه قيد بالاستحقاق لانه لو انفسخ بخيار رؤية او شرط او عيب لم يؤاخذ الكفيل به وقيد بالثمن لانه لو بنى فى الارض لا يرجع على الكفيل بقيمة البناء وانما يرجع بها على البائع فقط وكذا لو كان المبيع امة استولدها المشترى وأخذ من المشترى مع الثمن قيمة الولد والعقر لم يرجع على الكفيل الا بالثمن وما فى النهر من قوله استولدها البائع وتبعه السيد الحموى فى شرحه سبق قلم والصواب استولدها المشترى كما فى البحر كذا نبه عليه شيخنا

(باب كفالة الرجلين)

لما نزل هذا مع ماقبله منزلة المفرد من المركب أخره نهر (قوله وكل كفل عن صاحبه) يحترز به عما لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر فعين الكفيل ما اداه عن صاحبه صح تعيينه وفى هذا المقام كلام للزيلعى وصاحب البحر يعلم بمراجعة النهر (قوله لم يرجع على شريكه وان عين عن صاحبه) مقيد بما اذا استوى الدينان صفة وسببا فلو اختلفا صفة بأن كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا يصح تعيينه عن شريكه ويرجع به عليه وفى عكسه لا يرجع لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له الرجوع على الاصيل قبل الحلول ولو اختلف سببهما نحو ان يكون ما على احدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع فانه يصح تعيين المؤدى يعنى عن شريكه لان النية فى الجنسين المختلفين معتبرة وفى الجنس الواحد لغو بحر (قوله فيكون محتسبا عن نصيبه) لرجحان جهة الاصالة على النيابة ولانه لو رجع بنصفه لادى الى الدور لان اداء نائبه كادائه زيلعى (قوله ولو كان ماعليه حالا الخ) لكنه لا رجوع له الا بعد حلول الاجل كما سبق عن البحر بخلاف مالو كان ماعليه مؤجلا وما على الآخر حالا فأدى وعين عن شريكه الحال دينه فانه يرجع فى الحال فقول السيد الحموى صواب العبارة ولو كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا اذ لا يجب ماعليه فى الحال ساقط فان قلت قوله فى النهر بخلاف العكس يشهد لما ذكره السيد الحموى من التصويب قلت ليس المراد من المخالفة عدم صحة التعيين عن شريكه اذا

فيكون العطف للتفسير وقيل هى النائبة الموظفة وهى القاطعات الديوانية فى كل شهر اوثلاثة اشهر فيكون عطف الخاص على العام (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة) حال كونها مؤجلة (الى شهر فقال) الطالب (هى حالة فالقول للضامن) فى ظاهر الرواية (ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت) الامة (لم يأخذ المشترى الكفيل) بضمان الدرك (حتى يقضى له) اى للمشترى (بالثمن على البائع) وعن ابى يوسف ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الرواية للمشترى ان يأخذ الكفيل بالثمن اذا قضى عليه بالاستحقاق

(باب كفالة الرجلين والعبدين) دين عليهما) على السوية (وكل) واحد من المديونين (كفل عن صاحبه) بامره (فاداه احدهما) من الدين (لم يرجع على شريكه) وان عين عن صاحبه فيكون محتسبا عن نصيبه من الدين (فان زاد) المؤدى (على النصف) فحينئذ (رجع) المؤدى (بالزيادة) على شريكه ولو كان ماعليه حالا وما على الآخر مؤجلا صح تعيينه

(وان كفلا عن رجل) بالف (وكفل كل واحد منهما بهذا الالف (عن صاحبه فما اداه) احدهما (رجع) المؤدى (بنصفه) اى بنصف المؤدى (على شريكه) مطلقا سواء كان قليلا او كثيرا (او) رجع (بالكل على الاصيل وان ابرأ الطالب) عن المطالبة (أحدهما آخذ) الطالب الكفيل (الآخر بكله ولو افترق) وفسخ الشركة (المفاوضان اخذ الغريم) اى الدائن (أياشاء) من المفاوضين (بكل الدين ولا يرجع) المؤدى على شريكه (حتى يؤدى اكثر من النصف) وفى الدستور الغريم من له الدين ومن عليه الدين (وان كاتب عبديه كتابة واحدة) بان قال كاتبتكما على الف الى سنة (وكفل كل) واحد من العبدين المكاتبين (عن صاحبه فما ادى احدهما رجع) المؤدى (بنصفه) وهذا العقد يجوز استحسانا (ولو حرر) المولى (احدهما) قبل ان يؤدى شيئا (آخذ) المولى (اياشاء بحصة من لم يعتقه فان أخذ) المولى (المعتق رجع) بما ادى (على صاحبه) أى الذى لم يعتقه (وان آخذ الآخر) أى الذى لم يعتقه (لا يرجع على المعتق بشئ) وانما قيد المسئلة بكتابة واحدة لان كل واحد منهما لو كان مكاتبا على حدة فكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا واستحسانا كذا فى النهاية (ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه) قوله يؤخذ صفة مالا اى من ضمن عن عبد مالا يطالب به هذا العبد بعد عتقه بأن أقر العبد باستهلاك مال وكذبه سيده او اقرضه انسان او باعه وهو محجور ولم يسم الضامن حالا أو غير حال

كان ما عليه حالا وما على شريكه مؤجلا بل المراد ان تعيينه عن الشريك وان صح ايضا لكنه لا يرجع فى الحال بل بعد حلول الاجل الى هذا اشار شيخنا وكذا ليس فى كلام الزيلعى ما يدل على التصويب خلافا لما توهمه السيد الحموى اذ غاية ما فى الباب انه اقتصر فى التصويب لصحة تعيينه عن صاحبه على قوله ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه وهذا لا ينافى صحة التعيين عنه أيضا فى عكسه (قوله وان كفلا الخ) يعنى على التعاقب بأن كفل كل بجميعه منفردا اما اذا كفل كل منهما بالنصف ثم كفل كل عن صاحبه فهى كالمسئلة الاولى فى الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدّى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف زيلعى (قوله رجع بنصفه) على شريكه لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدّى شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدّى الى الدور زيلعى (قوله آخذ) بالمد نهر (قوله الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقى المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيؤاخذه به زيلعى (قوله ولو افترق المفاوضان الخ) قيد به لان شريكى العنان لو افترقا وثمة دين لم يؤاخذ الغريم أحدهما الا بما يخصه وفى النهر عن البزازية اقر احدهما بدين وانكر الآخر لزم المقر كله ان كان قد تولاه وان اقر أنهما تولياه لزمه نصفه ولا شئ على المنكر انتهى ووجه الفرق بين المفاوضة والعنان ان شركة المفاوضة تتضمن كفالة كل منهما عن الآخر بخلاف شريكى العنان كما سبق (قوله وكفل كل واحد من العبدين الخ) قيد بقوله وكفل لانه لو كاتبهما معا فقط عتق كل واحد منهما باداء حصته الا اذا قال المولى على انهما ان اديا عتقا وان عجزا رجعا فى الرق فلا يعتق واحد منهما الا باداء كل المال الى المولى مراعاة لشرط المولى نهر (قوله يجوز استحسانا) والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل فعند الاجتماع اولى وجه الاستحسان ان يجعل المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وحق نفسه وعتق الآخر معلق بادائه أى باداء كل واحد فيطالب المولى كلا منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما ادّى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب فاذا أدّى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه عينى (قوله قبل ان يؤدّى شيئا) تقييده بما قبل الاداء لان عتقه بعد الاداء لا يتصور لما انه بالاداء عتق لكن ظاهر قوله شيئا ان اداء البعض مانع من اضافة العتق الى التحرير وليس كذلك اذ هو عبد ما بقى عليه درهم ولا يصح أن يقال اراد بقوله قبل ان يؤدّى شيئا ما اذا بلغ المؤدّى نصف البدل لانقسامه بينهما لان عتق كل واحد منهما موقوف على اداء كل البدل فاذا أدّى كل البدل عتق المؤدّى وعتق الآخر تبعا له الا ترى الى قول الزيلعى لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد يجب مراعاته وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال نصا فلو عتق أحدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه انتهى فالصواب ابداله بقوله قبل ان يؤدّى البدل وهل اذا اعتقه بعد اداء شئ من البدل يكون محسوبا على المولى من حصة من لم يعتقه او لا لم أره والظاهر انه لا يحسب على المولى من حصة الآخر بل يطيب له لانه كسب عبده (قوله آخذ أياشاء بحصة من لم يعتقه) لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل منهما احتيالا لتصحيح الضمان وقد استغنى عنه بالعتق فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فما قابل حصة المعتق سقط وما بقى يأخذه المولى من أيهما شاء نهر (قوله رجع بما أدّى على صاحبه) بحكم الكفالة بأمره وجازت الكفالة ببدل الكتابة هنا لانها فى حالة البقاء وفى الابتداء كان كل المال عليه نهر أخذا من كلام الزيلعى (قوله قياسا واستحسانا) لان عتق كل واحد منهما تعلق باداء المال على حدة وهو صحيح فى نفسه فلا حاجة الى

تصحيحه

تصحيحه بما ذكرنا من الطريق زيلعي (قوله يؤخذ الكفيل به حالا) لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها فى حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب او مفلس بتشديد اللام فانها تصح و يؤخذ الكفيل به فى الحال وان كان فى حق الاصيل متأخرا الى الميسرة بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين المؤجل فى الحال ثم اذا أدى يرجع به بعد العتق ان كان بأمره زيلعي مع عناية قال فى البحر والتقييد بكونه يؤخذ به بعد العتق ليفهم منه حكم ما يؤخذ به للحال بالاولى كدين الاستهلاك عيانا وما لزمه بالتجارة باذن المولى وجعله احترازيا كما فى الزيلعى وتبعه العينى سهو كما لا يخفى وفى الفتح لو كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغى ان يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤجل الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر فى الرجوع الامر بالكفالة من العبد او السيد وقوى عندى كون المعتبر امر السيد لان الرجوع فى الحقيقة عليه قال فى النهر ورأيت مقيدا عندى ان ما قوى عنده هو المذكور فى البدائع الخ وقوله وقوى عندى كون المعتبر أمر السيد يعنى فيما اذا كانت الكفالة بدين الاستهلاك المعاين (قوله فمات العبد) أى ثبت موته ببرهان ذى اليد او بتصديق المدعى فلو لم يكن ثمة برهان ولا تصديق لم يقبل قول ذى اليد انه مات بل يحبس هو والكفيل فان طال الحبس ضمنا القيمة وكذا الوديعة المجحودة نهر عن النهاية (قوله فبرهن المدعى) قيد بالبرهان لانه لو ثبت ملكه باقرار ذى اليد او بنكوله لم يضمن شيئا الا اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة فى حق الكفيل شيخنا عن النهاية (قوله ضمن قيمته) لانه تكفل بتسليم رقبة العبد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة فيجب على الكفيل رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها عينى (قوله برئ الكفيل) لان العبد برئ بموته وبراءته توجب براءة الكفيل عينى واعلم ان هاتين المسئلتين مكررتان اما الاولى فلاستفادتها من قوله فيما مر ومغصوبا واما الثانية فلما قدمه من ان الكفالة بالنفس تبطل بموت المطلوب ولا فرق فيه بين الحر والعبد بحر قال شيخنا لا تكرار لان الغصب هناك محقق وهنا يحتمل ان يكون فى يده باجارة أو شركة ولدفع توهم ان نفس العبد مال فتضمن صرح بها ايذانا بعدم الفرق بين العبد والحر (قوله وقال زفر يرجع) لتحقق الموجب وزوال المانع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا وقد طولب بالفرق بين هذا وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فانه يسعى فى ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم يرجع هنا واجيب بان زمان استيجاب الدين هنا هو زمان الكفالة وفيه كان عبدا وفى الرهن كان حرا وما فى النهر من قوله كانا حرين صوابه كان حرا حموى ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر امواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته زيلعى وقوله كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فبلغه الخ يفيد ان الاجازة وجدت بعد المجلس حتى لو وجدت فى المجلس رجع كما سبق ومنه يعلم ما فى عبارة الدرر من القصور حيث اقتصر على قوله كما اذا كفل عن رجل بغير أمره فأجاز انتهى

(كتاب الحوالة)

(قوله الا ان الحوالة الخ) بيان لنكتة تأخير الحوالة عن الكفالة بعد بيان المناسبة التى أوجبت المقارنة حموى (قوله فلهذا) اى لتضمن الحوالة براءة الاصيل أخرها عن الكفالة يعنى لتنزلهما منزلة المركب من المفرد حموى (قوله ثم الحوالة اسم بمعنى الاحالة) أى اسم مصدر وفيه نظر لان الحوالة فى كلام

يؤخذ الكفيل به حالا (ولو ادعى) على رجل (رقبة العبد) فى يده (فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه) أى العبد كان (له ضمن) الكفيل (قيمته ولو ادعى) رجل (على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد) منهما (على الآخر) وقال زفر يرجع كل واحد منهما على الآخر ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى بأمره واما كفالته عن العبد فصحيحة بكل حال سواء كان العبد مديونا اولا

(كتاب الحوالة)

المناسبة بينهما ان فى كل واحد منهما التزام ما على الاصيل الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل دون الكفالة فلهذا أخر الحوالة عنها ثم الحوالة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بماله على رجل فاحتال زيد به على ذلك الرجل فان المديون محيل وزيد محال ومحتال والمال محتال به والرجل محتال عليه

المصنف بمعنى الاحتيال لانه لم يشترط فى صحتها رضا المحيل لكن تعريفه لها بنقل الدين يقتضى ان تكون الحوالة فى كلامه بمعنى الاحالة حموى (قوله وتقدير المحتال فى الفاعل محتول) قلبت الواو الفا لتحركها وانفتاح ماقبلها والمحذوف من الاحالة الالف المنقلبة عن الواو التى هى عين الكلمة وعوض عنها الهاء وانما حذفت بعد نقل حركتها الى الساكن الصحيح قبلها الذى هو فاء الكلمة لتحركها فى الاصل وانفتاح ماقبلها الآن شيخنا (قوله لاحاجة الى هذه الصلة) فى المحتال وانما الصلة فى المحال عليه شيخنا (قوله هى نقل الدين الخ) يرد عليه ماسيذكره من انها تصح بالدراهم الوديعة اذ ليس فيها نقل الدين وكذا الغصب على القول بان الواجب رد العين والقيمة مخلص واجيب بأن الحوالة بالوديعة وكالة حقيقة كما فى الشرنبلالية ويرد عليه أيضا مالو وقعت الحوالة بغير اذن المحيل فانها صحيحة ولا نقل فيها وأجيب بأن معنى النقل يتحقق بعد اداء المحال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شئ ورده فى الفتح بأنه لو صح لصح ان يقال فى الكفالة بغير اذن المكفول عنه فيها نقل أيضا لانه اذا أدى الكفيل عنه لم يبق عليه شئ قال وعندى ان الجواب هو ان الحوالة بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه نهر (قوله وتصح فى الدين لافى العين) لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة وأما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى عينى ولا بد فى الدين ان يكون معلوما فلا تصح بالمجهول قال فى الجوهرة وكذا لا تصح بالحقوق وبه عرف ان حوالة الغازى بحقه من غنيمة محرزة لا تصح وكذا حوالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر نهر ثم قال بعد ورقتين وهذا فى الحوالة المطلقة ظاهر وأما المقيدة ان مال الوقف فى يد الناظر ينبغى ان تصح كالاحالة على المودع والا لا انتهى ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة وعندى فيه تردد در (قوله برضا المحتال) لان فيها انتقال حقه الى ذمة أخرى والذمم متفاوتة نهر (قوله والمحال عليه) لانها التزام الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا للمحيل لان الناس يتفاوتون فى الاقتضاء ما بين موسر ومعسر نهر ويرد عليه مالو أحالت المرأة على زوجها بالنفقة المستدانة باذن القاضى فانها تصح بدون رضا الزوج المحال عليه حموى عن البحر من باب النفقة (قوله فليس بشرط) وانما يشترط رضاه للرجوع عليه زيلعى وهو محمل رواية القدورى اشتراط رضاه فلا اختلاف فى الروايات بحر عن ايضاح الاصلاح لكن ظاهر كلامهم كما فى الدرر وغيرها تسليم ان الخلاف ثابت ولهذا عللوا عدم اشتراط رضا المحيل بان التزام الدين من المحال عليه تصرف فى حق نفسه والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لان المحتال عليه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره واشترط القدورى رضا المحيل لان ذوى الهيئات يأنفون من تحمل الغير ما عليهم من الديون وما مشى عليه المصنف هو المختار كما فى مواهب الرحمن وعلى هذا اذا قال احد للطالب ان لك على فلان كذا فأحله على فرضى بذلك صحت الحوالة وبرئ الاصيل قال فى البحر والحاصل انها ان كانت بغير رضا المحيل وكان له دين عليه فلا رجوع للمحال عليه لانه قضى دينه بغير امره كما فى السراج الوهاج وكذا حضرته ليست شرطا حتى لو قيل لصاحب الدين لك على فلان الف فاحتل بها على ورضى الطالب بذلك صحت فليس له ان يرجع بعد ذلك بخلاف مالو قال للمديون عليك ألف لفلان فأحله بها على فقال المديون أحلت ثم بلغ الطالب فأجاز لا يجوز عند الامام ومحمد الا ان يقبل الحوالة فضولى له ولا يشترط حضرة المحال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحاله على رجل غائب ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة بحر عن البزازية وبالجملة حضرة المحال عليه وان لم تكن شرطا لكن يشترط رضاه بخلاف المحيل حيث لا يشترط رضاه أيضا على رواية الزيادات واما المحتال فيشترط حضوره الا ان يقبل فضولى لاجله فتحصل انه لا تنافى بين اشتراط الرضا وعدم اشتراط الحضرة ولهذا عزا فى الدرر للخانية عدم اشتراط حضرة الباقين أى المحيل والمحتال عليه بعد ان نص على اشتراط رضا الكل بلا خلاف الا فى الاول يعنى المحيل حيث قال فى الزيادات تصح الحوالة بلا رضاه اذا علمت هذا ظهر لك سقوط مااعترض به العلامة عزمى زاده حيث قال لا يذهب عليك ان ما عزاه فيما

وتقدير المحتال فى الفاعل محتول بالكسر وفى المفعول بالفتح وقولهم للمحتال المحتال له لغو لانه لاحاجة الى هذه الصلة كذا فى المغرب (هى نقل الدين من ذمة) المحيل (الى ذمة المحتال عليه) (وتصح فى الدين لافى العين برضا المحتال) اى الدائن (والمحال عليه) اى الذى يقبل الحوالة واما رضا المحيل اى المديون فليس بشرط فلهذا لم يتعرض له

(وبرئ المحيل بالقبول من الدين) أي برئ من الدين بقبول المحتال الحوالة هذا عند أبي يوسف وعند محمد برئ من المطالبة وعند زفر لا يبرأ المحيل منهما (ولم يرجع) بالدين (المحتال على المحيل) اى المديون (الا بالتوى) أي الا أن يتوى حقه فاذا توى على المحتال عليه عاد الدين الى ذمة المحيل وقال الشافعي لا يعود الى ذمته وان توى (وهو) عند أبي حنيفة أحد الامرين اما (أن يجحد) المحتال عليه (الحوالة ويحلف) على ذلك (ولا بينة له عليه) أي للطالب على ذلك

سيجيء الى الخانية من انه لا يشترط حضرة الساقين مخالف لقوله هنا بلا خلاف الا في الاول فليس في كلامه انتظام انتهى وهذا ارده شيخنا بقوله دعوى المخالفة ممنوعة اذ من البين ان رضا المحيل قدر زائد على حضوره انتهى (قوله وبرئ المحيل) لو قال وبرئ المديون لكان اولى لان المصنف حيث لم يشترط رضا المحيل لم يوجد من المديون احالة حتى يقال وبرئ المحيل وقد رمز الشارح الى هذا بقوله واما رضا المحيل أي المديون حموى (قوله هذا عند أبي يوسف الخ) وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على رجل كان للراهن ان يسترد الرهن عند أبي يوسف وعند محمد ليس له ذلك عيني وقول أبي يوسف هو الصحيح كما في العناية وفي النهر عن التتارخانية وعليه الفتوى (قوله برئ من المطالبة) بدليل ان المحتال لو ابرأ المحال عليه فرده لم يرتد ولو انتقل الدين وجب ان يرتد قال في النهر وانكر بعض المحققين هذا الخلاف وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة فقط بل ذكر احكاما متشابهة اعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحوّل بها المطالبة نظرا للمعنى وفي بعضها ابرأ وجعل المحول بها المطالبة والدين نظرا لحقيقة اللفظ الخ (قوله وعند زفر الخ) لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان من المطالبة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والكفالة معناها الضم لا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى زيلعي (قوله لا يبرأ المحيل) وبه قال القاسم بن معن كذا ذكره العيني قال في التقريب لابن حجر القاسم ابن معن بفتح الميم وسكون المهملة ابن عبد الله بن مسعود الكوفي أبو عبد الله القاضي ثقة فاضل انتهى وقال عبد القادر في طبقاته القاسم بن معن بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي الكوفي ولي القضاء بالكوفة بعد شريك بن عبد الله أحد من قال له ابو حنيفة في نفر انتم مسارّ قلبي قال يحيى بن معين كان رجلا نبيلا في الفقه والعربية مقدما على أبي حاتم كان اروى الناس للحديث والشعر واعلمهم بالعربية والفقه مات سنة خمس وسبعين ومائة روى له اصحاب السنن كذا بخط شيخنا (قوله ولم يرجع الخ) صرح الزيلعي بالبراءة في المقيدة بمجرد العقد فيما اذا احال المكاتب مولاه على رجل بالبدل (قوله الا بالتوى) مراده اذا كانت الحوالة باقية اما اذا فسخت الحوالة فان للمحتال الرجوع بدينه على المحيل ولهذا قال في البدائع ان حكمها ينتهي بفسخها او بالتوى وفي البزازية والمحيل والمحتال علما كان النقض وبالنقض يبرأ المحتال عليه انتهى وفي الذخيرة أما اذا احال المديون الطالب على رجل بالف أو بجميع حقه وقبل ثم احاله أيضا بجميع حقه على آخر وقبل صار الثاني نقضا للاوّل وبرئ الاول انتهى بحر ومثله في الفتاوى الخانية والتوى وزان الحصى وقد يمد الهلاك نهر عن المصباح (قوله فاذا توى على المحتال عليه) صوابه اسقاط عليه حموى (قوله عاد الدين) يشير الى ان براءته مقيدة بشرط سلامة العاقبة واختلف في كيفية عوده فقيل تفسخ الحوالة اى يفسخها المحتال كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل تنفسخ كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ ولو اراد فسخ المحتال هل يحتاج الى الترافع عند القاضي وظاهر التشبيه بالمشتري اذا وجد عيبا انه يحتاج نهر (قوله وقال الشافعي الخ) لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة فلا يعود الدين الا بسبب جديد ولنا قول عثمان رضي الله عنه في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل ولان المقصود من شرعه الوصول الى حقه لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف فيه فعند فواته يجب الرجوع زيلعي (قوله ان يجحد الحوالة) ولو ادعى المحتال ذلك على المحيل في غيبة المحال عليه انه جحدها وحلف وبرهن على ذلك لم تصح دعواه لغيبة المشهود عليه كذا في البزازية الا اذا صدقه المحيل فانه يرجع عليه من غير برهان كما في المحيط كذا في النهر قال شيخنا ومرجع الضميرين في يجحد وحلف واحد وهو المحال عليه انتهى (قوله اى للطالب) او المحيل ولو في المقيدة كذا بخط شيخنا

(قوله او يموت مفلسا) ولو اختلفا فى موته مفلسا فالقول للطالب مع اليمين على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة ولو قال المحيل مات بعد الاداء وقال المحتال بل قبله فالقول له أيضا وقد طولب بالفرق بين هذا و بين مالو اوصى لفقراء بنى فلان فقال احدهم انا فقير وقالت الورثة بل غنى فالقول للورثة والفرق ان الفقير مدع وفى مسئلتنا الطالب منكر نهر (قوله ان يحكم القاضى بافلاسه الخ) أى بالشهود وهذا بناء على ان التفليس يصح عندهما وعنده لا يصح لتوهم ارتفاعه بحدوث مال له يقال افلس الرجل اذا صار ذا فلس بعد ان كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضى أى قضى بافلاسه حين ظهر له حاله نهر عن طلبة الطلبة (قوله ضمن المحيل) لان سبب الرجوع قد تحقق باقراره وهو قضاء دينه بامره الا انه يدعى عليه دينا وهو منكر والقول قول المنكر والبينة للمحيل وقبول الحوالة ليس اقرارا بالدين لانها قد تكون بدونه ولم يقل ضمن ما اداه لانه لو احاله بدراهم فأدى دنانير او عكسه او اعطاه عرضا او صالحه بشئ رجع بالمحال به الا اذا صالحه على جنس الدين باقل فانه يرجع بقدر المؤدى ولو اعطاه زيوفا بدل الجياد رجع بالجياد نهر عن البزازية (قوله فالقول للمحيل) لان المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ولفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة مجازا ولو غاب المحتال واراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلا انما وكلته بقبضه قال ابو يوسف لا اصدقه ولا اقبل بينته وقال محمد يقبل قوله ولو ادعى المحتال ان المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلا فى بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضا نهر (قوله صحت الحوالة) لانه اقدر على التسليم فكانت بالجواز أولى وهذا بيان للحوالة المقيدة وهى ثلاثة اقسام مقيدة بعين مضمونة او أمانة او بدين خاص وحكمها ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه حتى لو دفع المحال عليه ذلك الى المحيل ضمنه للطالب مع ان المحتال عليه اسوة لغرماء المحيل بعد موته بخلاف المطلقة نهر ودر (قوله فان هلكت برئ) ويثبت الهلاك بقوله بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالغصب حيث لا يبرأ منه لانه يخلفه القيمة ولو استحق بالبينة برئ ولو وهبها المحتال من المحتال عليه صح التمليك لان له حق التملك فله ان يملك وليس للمحيل ان يرجع على المحتال عليه بشئ بخلاف مالو ابرأه من الدين او العين والفرق ان المحال عليه ملك الدين بالهبة معنى ولا كذلك فى الابراء ولو أمسك الوديعة لنفسه وقضى دين المحال له من مال نفسه كانت الوديعة له ولم يكن متبرعا استحسانا ولو مرض المحيل فدفعها الى المحتال ثم مات المحيل وعليه ديون لا يضمن المودع شيئا وتكون بين غرماء المحيل و بينه بالحصص ولو كانت مقيدة بدين فقضاه اياه والمسئلة بحالها سلم للمحتال ما أخذه و يؤخذ من المحال عليه و يقسم بين الغرماء بالحصص و يشاركهم المحال عليه نهر (قوله وهى قرض) استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق بأن يقرض ماله عند الخوف ليرد عليه فى موضع الامن لانه عليه السلام نهى عن قرض جر نفعا واطلاق المصنف يفيد الكراهة مطلقا قال الزيلعى وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به قال فى النهر وجزم بهذا القيل فى الصغرى وغيرها وعلى ذلك جرى فى صرف البزازية فقال لا بأس بقبول هدية الغريم بلا شرط وكذا ذا قبض اجود مما قبض يحل بلا شرط وكذا اذا قضى ادون ويرجح فى الوزن ان كثير لم يجز وان قليلا جاز والدرهم فى مائة يرده بالاتفاق واختلفوا فى نصفه ثم انما يحل عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر نهر (قوله بضم السين الخ) كذا فى العينى وفى النهر بفتح السين وقيل بفتحها وفتح التاء انتهى وقال الشلبى ضبطه الاباسى بالقلم وكذا الاتقانى بفتح السين وكسر التاء وضبطه الغزى بالقلم بفتح السين وضم التاء انتهى شيخنا (قوله وهو شئ محكم أو مجوف) هذا هو الصواب خلافا لما فى بعض النسخ من قوله محكم مجوف حموى (قوله لانه لاحكام أمره) لا وجه لقوله لانه فالوجه حذفها

(كتاب القضاء)

(أو يموت) المحتال عليه (مفلسا) ولم
يترك كفيلا وان ترك كفيلا كفل
عنه بامره أو بغير أمره لا يعود الى ذمة
المحيل وقالا هذان ووجه ثالث وهو
أن يحكم القاضى بافلاسه حال حياته
(فان طالب المحتال المحيل بمثل الدين
عما أحال فقال المحيل أحلت بدين لى
عليك ضمن المحيل مثل الدين) ولا
يقبل قوله بل القول قول المحتال عليه
(وان قال المحيل للمحتال أحلتك
لتقبضه لى) وكنت وكيلى فى قبض
مالى على فلان ولا شئ لك على (فقال
المحتال أحلتنى بدين لى عليك فالقول
للمحيل ولو أحال) رجل (بما له عند زيد
وديعة صحت) الحوالة (فان هلكت)
الوديعة قبل أن يردها الى المحتال
(برئ) المودع (وكره السفاتج) وهى
قرض استفاد به المقرض سقوط خطر
الطريق وهذا نوع نفع استفيد
بالقرض السفاتج جمع سفتجة بضم
السين وفتح التاء وهو معرب سفته
وهو شئ محكم أو مجوف سمى هذا
القرض به لاحكام أمره أو لانه
تشبيه له بوضع الدراهم فى السفاتج
أى فى الاشياء المجوفة كما يجعل العصا
مجوفة ويخبأ فيها المال وانما أورده فى
الحوالة لانه فى معنى الحوالة لانه أحال
الخطر المتوقع على المستقرض

(كتاب القضاء)
وهو عبارة عن الاحكام لغة وعن
الالزام شريعة

لما كان اكثر المنازعات تقع فى الديون والمبايعات أعقبها بما يقطعها نهر والقضاء أفضل العبادات وبه أمر كل نبى زيلعى وفى البدائع نصب القاضى فرض ونصب الامام الاعظم فرض بلاخلاف بين أهل الحق لاجماع الصحابة على ذلك شرنبلالية (قوله وفى النهاية الخ) عزا للنهاية ماذكره من تعريف القضاء شرعا ليكون سند الماذكره قبله من قوله وعن الالزام شريعة (قوله فصل الخصومات الخ) صريح فى ان المراد بالقضاء الحكم وحينئذ كان ينبغى ايراده عقب الدعوى ويمكن ان يقال أراد وابيان من يصلح للقضاء أى الحكم لتصح الدعوى عنده فلاجرم ان ذكر قبلها نهر ثم ماذكره الشارح فى تعريف القضاء شرعا وعزاه الى النهاية جرى عليه الزيلعى قال العينى والاولى ان يقال هو قول ملزم صدر عن ولاية عامة وتعقبه فى النهر بأنه ليس بجامع لان فعله حكم أيضا وشرط صحة الحكم ان يكون بعد تقدم دعوى صحيحة من خصم على خصم ولا يشترط له المصر فالقضاء بالسواد صحيح وبه يفتى بحر عن البزازية قال ولا يشترط ان يكون المتداعيان من بلد القاضى فى غير العقار وكذا فى العقار وان لم يكن فى ولايته على الصحيح كما فى الخلاصة وغيرها ويشترط فى الحاكم العقل والبلوغ والاسلام والحرية والسمع والبصر والنطق والسلامة عن حد القذف وان يكون مولى للحكم دون سماع الدعوى فقط كما فى الخزانة لا الذكورة والاجتهاد وأما الاطرش الذى يسمع القوى من الاصوات فالاصح جواز توليته نهر واذا قلد الصبى فأدرك لا يقضى به كما فى المنتقى بخلاف الكافر اذا أسلم بعد التقليد فانه على قضائه كما فى الاجناس وفيها أمر السلطان عبده بنصب القاضى فنصب يصح ولو حكم بنفسه لا يصح ولو أذن لعبده بالقضاء فقضى بعد ماعتق جاز كما لو تحمل الشهادة فى الرق ثم عتق بحر واذا قلد السلطان انسانا قضاء بلدة كذا لا تدخل فيه القرى مالم يكتب فى رسمه ومنشوره شرنبلالية عن الصغرى (قوله أهله أهل الشهادة) لان كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا زيلعى وهذا وان كان مطردا الا انه لا ينعكس كليا اذ يصلح للقضاء من لا يصلح للشهادة الاترى ان شهادة العدو لاتقبل وقضاؤه صحيح نهر لكن صرح فى التنوير بأن قضاءه على عدوه غير صحيح قال شارحه وبه أفتى ابن عبد العال ثم انما تثبت العداوة بنحو قذف وجرح وقتل ولى لا بمخاصمة نعم هى تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه ووصى وشريك در عن شرح الوهبانية للشرنبلالى (قوله أهل الشهادة) أى ادائها على المسلمين كذا فى الحواشى السعدية ويرد عليه ان الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة در عن الزيلعى فى التحكيم قال شيخنا واستفيد منه جواب حادثة وهى ان تولية الكافر على القرايين من اهل الذمة جائزة ولا سند لمن منع تولية الذمى على مثله وقد نبه ليرجع عن فتواه فلم يرجع (قوله كما هو اهل للشهادة) أى لادائها على معنى ان القاضى لو قضى بشهادته نفذ وأثم واستثنى أبو يوسف ما اذا كان الفاسق ذا جاه ومروءة فانه يجب قبول شهادته كذا فى البزازية وعليه فلا يأثم أيضا بتوليته القضاء حيث كان كذلك الا ان يفرق بينهما (قوله لا يجوز قضاء الفاسق) واختاره الطحاوى قال العينى وينبغى ان يفتى به خصوصا فى هذا الزمان قال فى النهر أقول لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصا فى زماننا فلهذا كان ما جرى عليه المصنف هو الاصح كما فى الخلاصة وفى العمادية انه اصح الاقاويل انتهى (قوله ينعزل بالفسق) لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهذا مما كان فيه الابتداء اسهل من البقاء وله نظير فى المعراج لو أبق المأذون يحجر ولو اذن للآبق صح عكس ما اشتهر من ان البقاء اسهل قيد بالقضاء لان الفسق لا يمنع الامامة بلاخلاف ولا ينعزل به كذا فى البحر ومثله فى الدر عن الفتح معللا بان الامارة والسلطنة مبنية على القهر والغلبة قال لكن فى اول دعوى الخانية الوالى كالقاضى انتهى (قوله لا ينبغى ان يقلد) أى لا يليق كما فى النهر وفسره الحموى بقوله اى لا يجوز تقليده قال وتفسيره بلا يليق مما لا يليق ونقل عن المفتاح ان كلمة ينبغى تستعمل فيما دون الواجب وفوق المستحب انتهى (قوله ففسق بأخذ الرشوة) قبل القضاء او بعده

وفى النهاية معناه شرعا فصل الخصومات وقطع المنازعات (أهله) أى القضاء من هو (اهل الشهادة والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة) وقال الشافعى لا يجوز قضاؤه كما لا تجوز شهادته وعن علمائنا الثلاثة فى النوادر انه لا يجوز قضاء الفاسق وقال بعضهم اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ففسق ينعزل بالفسق (الا انه لا ينبغى أن يقلد) كما لا ينبغى أن يقبل القاضى شهادة الفاسق وان قبل صح (ولو كان القاضى عدلا ففسق بأخذ الرشوة) بالحركات الثلاث (لا ينعزل) بذلك خلافا لبعض علمائنا

لافرق بين رشوته ورشوة ولده ومن لا تقبل شهادته له وكذا أعوانه اذا علم بذلك خصها بالذكر لانها معظم ما يفسق به القاضي والا فالفسق قد يكون بغيرها كشرب الخمر ونحوه والرشوة ما يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط فيها واعلم انهم قسموا الرشوة الى اربعة أقسام حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والامارة وأما الذي قلد بواسطة الشفعاء فكالذي قلد احتسابا كذا في الفتح الثاني ارتشى ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين الثالث اخذ المال ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر وجلبا للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع وحيلة حلها ان يستأجره يوما الى الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب الى السلطان في الامر الفلاني الرابع ما يدفع لدفع الخوف على نفسه او ماله حلال للدافع حرام على الآخذ ومن هذا القسم ما يأخذه الشاعر وتجوز المصانعة في اموال اليتامى نهر ولو طلب منه ان يسوي امره ولم يذكر الرشوة وأعطاه بعدما سوى تحل وهو الصحيح بحر عن الخانية قال ولم أر ما لو تعين عليه القضاء ولم يول الا بمال هل يحل بذله و ينبغي ان يحل وان عزل لا يصح وتعقبه في النهر بقوله هذا ظاهر في صحة توليته واطلاق المصنف يرده واما عدم صحة عزله فممنوع قال في الفتح للسلطان ان يعزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل نعم لو قيل بانه لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل ونظر فيه السيد الحموي بان ما في الفتح ليس نصا في صحة عزل من تعين عليه القضاء لجواز حمله على من لم يتعين عليه القضاء وقياسه على الوصي العدل قياس مع الفارق انتهى (قوله ويستحق العزل) أي يجب على السلطان عزله كذا في الفصول وغيرها ولا ينافيه ما في الدراية من انه يحسن عزله لمن تأمل نهر ووجه عدم المنافاة ان الحسن لا ينافي الوجوب اذ كل واجب حسن وليس كل حسن واجبا حموي وفيه ان المتبادر من التعبير بيحسن عدم الوجوب ولهذا قال في البحر فقد اختلف في معنى الاستحقاق كما اختلف في توليته ابتداء انتهى (قوله أجمعوا الخ) فان قلت ان الخلاف ثابت مشهور فقد ذكروا في المسئلة ثلاثة اقوال أحدها انه ينفذ فيما ارتشى فيه وغيره وهو الظاهر من كلام المصنف وهو اختيار البزدوي والثاني لا ينفذ فيه و ينفذ فيما سواه واختاره السرخسي والثالث لا ينفذ فيهما فكيف ادعى الاجماع قلت نقل في الشرنبلالية عن البرهان ان عدم النفوذ فيما ارتشى فيه لما كان هو المختار عنده لم يعتبر ما يخالفه ووجدت بخط السيد الحموي ما يشير الى ذلك أيضا (قوله يصلح ان يكون مفتيا) لانه يجتهد حذرا عن النسبة الى الخطأ عيني (قوله وقيل لا) لانه من امور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وهو الذي اختاره كثير من المتأخرين عيني وجزم به في المجمع وشرحه نهر قال ولا خلاف في اشتراط اسلام المفتي وعقله ولا يشترط ان يكون حرا ولا ذكرا ولا ناطقا فيصح افتاء الاخرس حيث فهمت اشارته بل الناطق ان قيل له أيجوز هذا فحرك رأسه أي نعم جاز ان يعمل باشارته وسئل محمد متى يحل للرجل ان يفتي قال اذا كان صوابه اكثر من خطئه واذا أخطأ رجع ولا يستحي ولا يأنف الخ وفي القضاء لا يكتفى بالاشارة للزوم صيغة مخصوصة وفي البحر عن الظهيرية لا بأس للقاضي ان يفتي من لم يخاصم اليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم اليه (قوله وعقله) العقل كما في التحرير قوة بها ادراك الكليات للنفس فلا يولى ناقص العقل وهو الاحمق ومن علاماته طول لحيته وكثرة الالتفات والعجلة في الامور بحيث لا ينظر في عواقبها قالوا ولا دواء لهذا الداء الا الموت وقال عيسى عليه السلام عالجت الاكمه والابرص فأبرأتهما وعالجت الاحمق فلم يبرأ نهر (قوله وصلاحه) بان كان مستورا ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة الخ النهر (قوله اي بما ثبت الخ) اختلف هل الاثر مرادف للسنة او انه ما ثبت عن الصحابة والتابعين فعلى الاول يكون من عطف التفسير وعلى الثاني يكون من عطف المباين والاول هو الظاهر من صنيع الشارح حموي وعلى الثاني جرى العيني (قوله عند أمر يعاينه) يعني من مسلم نهر (قوله اسم لعلم خاص الخ) اعلم ان العلم لغة بمعنى المعرفة نقيض الجهل من علمت الشيء أعلمه عرفته وفي الاصطلاح ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدي العلم ادراك النفس لمعنى الشيء اذ كل من

(و) لكن (يستحق العزل) وهذا ظاهر المذهب وقال القاضي فخر الدين أجمعوا انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى (واذا أخذ) أحد (القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) فلو قضى لا ينفذ قضاؤه (والفاسق يصلح) أن يكون (مفتيا) وقيل لا (ولا ينبغي أن يكون القاضي فظا) جافيا سيء الخلق (غليظا) قاسي القلب (جبارا) من جبره على الامر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره على ما لا يريده (عنيدا) أي معاندا مجانبا للحق معاندا لاهله (وينبغي أن يكون موثوقا به في عفافه) أي كفه عن الحرام (وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار) أي بما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قولا وفعلا وسكوتا عند أمر يعاينه (ووجوه الفقه) أي علمه بطرق الفقه والفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلقت بها الاحكام من كتاب الله تعالى وسنن الرسول عليه السلام واجماع الامة ومقتضياتها واشاراتها

وجدله ادراك المعنى وجدله العلم من حيث انه وجدله ذلك الادراك وكل من عدم له ذلك الادراك عدم له العلم من هذه الحيثية قلت حاصل هذا انه ليس للعلم ماهية سوى ادراك النفس لمعنى الشئ وقد قالت طائفة منهم الغزالي والرازي بعدم جواز تعريفه لان غير العلم يعرف به فلو عرف بغيره يلزم الدور ويمنع بان جهة توقف غير العلم عليه من حيث انه ادراك له وتوقفه على غيره لا من جهة ان ذلك الغير ادراك له بل من جهة انه صفة مميزة له عما سواه عيني في شرح قول الهداية الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه فظهر بما تقرر ان العلم غير متعدد والتعدد في المعلوم لا يقال ان في التعريف لزوم تعريف الشئ بنفسه لانا نقول الفرق بين الحد والمحدود بالاجمال والتفصيل فالحد يدل على اجزاء المحدود بالتفصيل والمحدود يدل عليها بالاجمال شيخنا (قوله والاجتهاد) هو بذل المجهود لنيل المقصود وان يكون عالما بجميع ما في الكتاب والسنة وهذا عزيمة والرخصة في ذلك ان يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الاحكام وقال اكثر العلماء الاجتهاد ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها ولا يشترط معرفة الفروع الذي استخرجها المجتهدون بآرائهم وقيل يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبي حنيفة والشافعي وغيرهما وقيل من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد وقيل لا بد مع هذا من ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبنى عليها عيني (قوله شرط الاولوية) لتعذره على انه يجوز خلو الزمن عنه در (قوله ويعمل بفتوى غيره) ظاهره ان المراد بالجاهل العامي وقيل المراد به المقلد بدليل جعل الاجتهاد شرط الاولوية غير ان الدليل لا يناسبه اذ المحتاج الى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وعلى ذلك القيل جرى ابن الفرس فقال ليس مرادهم بالجاهل العامي المحض بل لا بد من تأهل العلم والفهم وأقله ان يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة وان يعرف طريق تحصيل الاحكام من كتب المذهب ويدل على ذلك قولهم العالم اذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله واذا تركه أثم وما لم يتعين فالترك أفضل واذا كان الجاهل أهلا للقضاء فمتى يتعين وبحث فيه في النهر بان وجود الجاهل لا يمنع من تعينه لانه اذا لم يوجد غيره ولم يقبل أثم وان وجد جاهل يصح توليته ثم قال البزازي في الايمان المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر وهو يدل على ان الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضا الخ (قوله والمفتي الخ) هو عند الاصوليين المجتهد وأما من يحفظ أقوال المجتهدين فليس بمفت وفتواه ليست بفتوى بل نقل لكلام المفتي در عن الفتح (تتمة) المفتي كالقاضي في الاخذ بقول أبي حنيفة على الاطلاق ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد تنوير وعبارة النهر ثم بقول الحسن وصحح في الحاوي اعتبار قوة المدرك والاول اضبط (قوله ويكره التقليد الخ) كراهة تحريم نهر (قوله من حاف) بالحاء المهملة وهو الميل ويرادفه جنف بالجيم والنون ومنه قوله تعالى فمن خاف من موص جنفا (قوله وان أمنه لا يكره) لان كبار الصحابة والتابعين تقلدوه نهر (قوله وقيل يكره الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء أيسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين وجب عليه صيانة لحقوق المسلمين زيلعي وعلى هذا لا تعارض بين ما سبق من ان القضاء افضل العبادات وما ورد من قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح الحديث لحمل ما سبق من ان القضاء افضل العبادات على ما اذا تعين عليه وقوله مسقطة أي مهلكة والحاصل كما في النهر انه قد يكون فرض عين ان تعين وفرض كفاية للتأهل عند وجود غيره ومكروها عند خوف الظلم وحراما ان غلب على ظنه ذلك ومباحا كما مر انتهى (قوله كالشعبي) هو بفتح المعجمة وسكون المهملة نسبة الى شعب بطن من همدان أبي عمرو عامر بن شراحيل الكوفي التابعي الجليل

(والاجتهاد شرط الاولوية) لا شرط الجواز حتى يجوز تقليد الجاهل في الصحيح ويعمل بفتوى غيره وقال الشافعي لا يجوز تقليد الجاهل والاولى له المجتهد ثم لو لم يكن مجتهدا فالحافظ لاقاويل الائمة أولى ولو لم يكن حافظا فالعدل كامل الشهادة أولى (والمفتي ينبغي أن يكون هكذا) أي موثوقا به في العفاف الى آخره (ويكره التقليد لمن خاف الحيف) فيه وهو الجور والظلم من حاف عليه يحيف اذا جار (وان أمنه لا) يكره تقلد القضاء ويكره الدخول فيه لمن خاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه وقيل يكره الدخول فيه مختارا وان أمن على نفسه الحيف الا ترى انه امتنع كثير من العلماء كالشعبي وأبي حنيفة وقد روي ان أبا حنيفة دعي الى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى حبس وجلد كل مرة ثلاثين سوطا حتى قال أبو يوسف لو تقلدت لنفعت الناس فنظر اليه شبه المغضب فقال له لو أمرت أن أقطع البحر

قاضى الكوفة المتوفى بعد المائة شيخنا عن القسطلانى (قوله سباحة) سبح بالنهر وفيه كمنع سبحا وسباحة بالكسر عام شيخنا عن القاموس (قوله أقدر) بفتح الدال والراء على انه أفعل تفضيل كذا ضبطه شيخنا بالقلم وكانه لانه المسموع والا فيحتمل ان يكون على صيغة المضارع (قوله وكان بك قاضيا) الباء اسم كان والظرف خبرها وقاضيا حال من المجرور (قوله ولا يسأله) بلسانه ولا يطلبه بقلبه لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وكما لا يجوز الطلب لا تجوز التولية ولهذا قال فى الخلاصة طالب التولية لا يولى الا اذا تعين عليه القضاء أو كانت التولية على الوقف مشروطة له اوادعى ان العزل من القاضى الاول بغير جنحة زيلعى ونهر وقوله يسدده أى يلهمه الرشد ويوفقه للصواب درر وقوله وكل الى نفسه على صيغة المبنى للمفعول بتخفيف الكاف أى فوض أمره اليها ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد الى الصواب لكون النفس أمارة بالسوء شيخنا عن عزمى (قوله ويجوز تقلد القضاء من السلطان الخ) ظاهر فى اختصاص تولية القضاء بالسلطان حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما لو ولوا سلطانا بعد موت سلطانهم نهر عن البزازية (قوله العادل) هو الواضع كل شئ موضعه وقيل هو المتوسط بين طرفى الافراط والتفريط وقيل الجامع بين أمهات كمالات الانسان بحر (قوله والجائر) لان الصحابة تقلدوه من معاوية فى نوبة على وكان الحق بيد على يومئذ وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه تقلد القضاء حينئذ زيلعى قال فى الفتح وهذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا فى أقضيته نهر قال العينى وفى هذا الزمان لا يوجد السلطان العادل حتى قالوا من قال لسلطان هذا الزمان عدلت اوأنت عادل يكفر (قوله سواء كان كافرا الخ) صريح فى صحة سلطنة الكافر على المسلمين وصحة توليته شخصا القضاء وعليه فالاسلام ليس بشرط فى السلطان واذا صحت التولية صح العزل أيضا وفى الفتح ما يخالفه قال فى البحر واذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما فى بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار فى بلاد المغرب كقرطبة الآن و لنسية و بلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على واحد منهم يجعلونه واليا فيولى قاضيا يقضى بينهم وكذا ينصبون اماما يصلى بهم الجمعة قال فى النهر وهذا هو الذى تطمئن النفس اليه (قوله ومن أهل البغى) فاذا ولى سلطان البغاة باغيا وعزل قاضى العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضى أهل العدل الى تجديد التولية لان صحة التولية تعتمد صحة العزل فاذا عزل قاضى العدل وولى باغيا صح واذا رفع قضاؤه الى قاضى العدل نفذه لان غايته أنه فاسق وقيل لا ينفذه وبه جزم الناصحى نهر وقال العينى فى شرح الهداية آخر باب البغاة وعندنا كل متسلط اذا تم تسليطه يصير سلطانا فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل (قوله يسأل ديوان قاض قبله) لينكشف له حال المحبوسين فلا يستلزم العمل بقول المعزول والديوان اصله دوان قلبت أولى الواوين ياء تخفيفا ولهذا اردت فى الجمع والتصغير نحو دواوين ودويوين نهر (قوله وهو الخرائط الخ) فاطلاق الديوان على الخرائط للمجاورة نهر (قوله التى فيها السجلات) وهو جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصك قال الله تعالى كطى السجل للكتاب ومنه اسجال القاضى وتسجيله عينى قال فى الجلالين فى تفسير الآية كطى السجل اسم ملك للكتاب صحيفة بنى آدم عند موته واللام زائدة أو السجل الصحيفة والكتاب بمعنى المكتوب واللام بمعنى على وفى قراءة للكتب جمعا انتهى قال شيخنا ومنه تعلم ان ما مشى عليه العينى من ان السجل الصك أى الصحيفة هو التأويل الثانى انتهى قلت فاضافة الطى الى السجل على التاويل الثانى من اضافة المصدر للمفعول وعلى الاول للفاعل (قوله والمحاضر) المحضر ما يكتب فيه خصومة المتخاصمين وما جرى من اقرار المدعى عليه وانكاره والحكم بالبينة أو النكول وكذا السجل والصك ما كتب فيه البيع والرهن والاقرار والحجة والوثيقة متنا ولان للثلاثة درر (قوله لانها محال الجرائد) بيان لعلاقة المجاز أى

سباحة لكنت أقدر عليه وكان بك
قاضيا (ولا) ينبغى أن (يسأله) ولا
يطلبه (ويجوز تقلد القضاء من
السلطان العادل والجائر) اى الظالم
مطلقا سواء كان كافرا او مسلما كذا
فى الاصل (ومن أهل البغى فان تقلد
يسأل ديوان قاض قبله) الديوان اخذ
من قولهم دون الكتب اذا جمعها واعلم
أن كلمة ان تنبيه على أن تقلد القضاء
نادر غير كائن لا تقلده الا مضرور
بحديث النفس (وهو) اى الديوان
(الخرائط التى فيها السجلات
والمحاضر وغيرهما) من نصب
الاوصياء والقيم فى أموال الوقف
وتقدير النفقات والصكوك هذا مجاز
اذ الديوان هو الجريدة وانما سمى
الخرائط ديوانا لانها محال الجرائد

الحـالية والمحلية حموى (قوله ونظر فى حال المحبوسين) أى فى سجن القاضى اما المحبوس فى سجن الوالى فعلى الامام أونائبه النظر فى احوالهـم فمن لزمه ادب ادبه والا أطلقه ولا يبيت أحـد فى قيد الارجلا مطلوبا بدم ونفقته من ليس له مال فى بيت المـال نهـر (قوله فمن أقر بحق الخ) وأما قول المعزول فلا يقبل لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهـادة الفرد غير مقبولة لاسيما على فعل نفسه زيلعى وهذا يفيد انه لوشهد مع آخر لا تقبل شهادته نهر لـكن افتى قارى الهداية بقبولها وتبعه ابن نجيم در ولو قال حبست بسبب سرقة اقررت بهـا قطع المولى يده واطلقه بكفيل وان قال ببينة لا أى لا يقطع للتقاوم نهر وتبعه الحموى وفيه نظر لما سبق فى الحدود ان طلب المسروق منه شرط القطع سواء كان الثبوت بالبينة اوالاقرار كذا ذكره الشارح هناك (قوله نادى مطلقا) سواء كان النداء فى محلته أوغيرهـا أخذ الشـارح هـذا الاطلاق من عدم تقييد المصنف لـكن غيره من الشارحين قيدوا بمحلة المحبوس وهو الظاهر حموى (قوله ينادى كل يوم) عبارة العينى وغيره كالنهر اياما وهو الاولى (قوله فيهـا) جواب قوله فان حضر حموى (قوله اخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه) والفرق لابى حنيفة بين هـذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا أرادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم فى المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال ان يكون له وارث غيرهـم لان ذلك موهوم فلا يعارض المتحقق وفى هذه المسئلة القـاضى لا يحبسه الا بحق ظاهر فيحمل عليه حتى يظهر خلافه زيلعى فان قال لا كفيل لى وجب ان يحتاط نوعا آخر فينادى عليه شهرا فان لم يحضر احد اطلقه نهر (قوله وعمل فى الودائع الخ) أى الودائع التى وضعها المعزول فى أيدى الامناء حموى (قوله وغلات الوقف) جمع غلة وهى ما يحصل من ريع الاوقاف حموى (قوله أو اقرار) اى اقرار ذى اليد نهر (قوله الا ان يقر ذو اليد الخ) لانه ثبت باقراره انه مودع القـاضى ويد المودع كيده فصـار كأنه فى يده فيقبل اقراره الا اذا بدأ صـاحب اليـد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر بأنه سلمه اليه بعدما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ماذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثانى لانه لما أقر بان القاضى سلمه اليه صار كأنه فى يد القاضى والرابع ان يقر بان القـاضى سلمه اليه ثم يقول لا ادرى لمن هو فحكمه ظاهر زيلعى (قوله و يقضى فى المسجد) وكذا السلطان والمفتى والفقيه ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس خانية قال الحموى هذا مخالف لما تقدم فى باب الجنائز من تعليلهم كراهة الصلاة على الميت فى المسجد بان المساجد انما بنيت لصلاة المكتوبات فليحرر انتهى (قوله اى يجلس فى المسجد) لانه عليه السلام حكم بين المتلاعنين فى المسجد ويخرج للحـائض اويرسل نائبه كما لو كانت الدعوى فى دابة ويختار مسجدا فى وسط البلد ولا يحكم وهو ماش اوراكب وان اعتراه هم اوغضب اوجوع اوحاجة ولو جماع أهله كف عنه ولا يقضى وهو يدافع احد الاخبثين وكذا لا يقضى حال شغل قلبه ولو بفرح او برد او حر شديد ولا يضرب فى المسجد حـدا ولا تعزيرا بحر ومافى الخلاصة من ان القاضى اذا قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لا يجب عليه انتهى أى لعدم جواز الاستئناف لانه لوجاز لوجب عليه بأمر الامام لان أمره بالجائز يصيره واجبا لان طاعة الامام فيما ليس بمعصية واجبة ولذا صلى ابو يوسف العيد برأى ابن عباس بسبع فى الاولى وخمس فى الثانية لامر هـارون الرشيد أبا يوسف كذا بخط شيخنا (قوله ويرد هدية الخ) فلو تعذر ردها لعدم معرفته اولبعد مكانه وضعهـا فى بيت المـال فان جاء ردت اليه ولو تأذى بردها اعطاه مثل قيمتها والاستقراض والاستعارة كالهدية وتقييد الرد بالقاضى للاحتراز عن الامام والمفتى فيجوز لهما قبول الهدية واجابة الدعوى الخاصة كما فى الخانية زاد فى التتارخانية الواعظ وفى التتارخانية من خصوصياته عليه السلام ان هداياه له وهذا يفيد انه ليس للامام قبول الهـدية فالمراد بالامام فى كلام الخانية امام الجامع نهر وبحر (قوله الا من قريبه) أى المحرم لما فى ردها من قطيعة

(ونظر فى حال المحبوسين فمن أقر) منهم (بحق أو) قامت عليه بينة بأن أنكر الحق و (قامت عليه بينة الزمه) أى ذلك المحبوس الحبس (والا) أى وان لم يقر المحبوس بحق أو لم تقم عليه بينة (نادى) مطلقا (عليه) أى أمر مناديا ينادى كل يوم اذا جلس من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلانى بحق فليحضر حتى يجمع بينه و بينه فان حضر فيها وان لم يحضر وأتى فى ذلك أياما على حسب ما يرى القاضى فان لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه وأطلقه (وعمل فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) المقلد (بقول المعزول) فى هذه المسائل (الا ان يقر ذو اليد انه) ولم يعمل سلمها اليه) اى الى ذى اليد اى المعزول (فيقبل) المقلد (قوله) اى قول المعزول (فيها و يقضى فى المسجد) اى يجلس فى المسجد للقضاء اوداره) مطلقا والمسجد الجامع اولى وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد وقال مالك انما يكره اذا تعمد الجلوس فيه لفصـل الخصومات وأما لو كان فى المسجد فقدم اليه الخصمان لا بأس بفصل الخصومة فيه (ويرد هدية الا) أن تكون الهدية (من قريبه

الرحم نهر (قوله او ممن جرت عادته) ظاهره يقتضي انه يقبل من القريب وان لم يكن له عادة وفي كلام بعضهم ما يقتضي انه كالاجنبي وله ان يقبلها من السلطان ومن الباشا كما في البحر حيث لم يكن لهما خصومة وليس له قبولها من الصنجق نهر وتثبت العادة في الاهداء بمرة ذكره المرعشي في قواعده شيخنا عن شيخه (قوله لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها الخ) هذا هو الصحيح في الفرق بين الخاصة والعامة (قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض) لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء زيلعي (قوله ويسوي القاضي بينهما) لقوله عليه السلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترأ على خصمه وتنكسر همة صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير والاب والابن والخليفة والرعية والدنيء والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضاء هكذا فعل شريح بعلي مع خصمه وخصمه واحد من الرعية فاذا سوى بينهما بالفعل فلا حرج عليه فيما يجد في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه زيلعي فقد ندر الامام أبي يوسف حيث لم يمل الى احد الخصمين حتى بالقلب الا في قضية الرشيد مع خصمه الذمي مع انه قضى على الرشيد درر عن الولوالجية (قوله اي فيهما او من جهتهما) ضمير التثنية في كل منهما يعود على الجلوس والاقبال واشار به الشارح الى ان النصب فيهما يجوز ان يكون بنزع الخافض أي بالفعل بعد نزع الخافض وان يكون على التمييز وفيه ان النصب على نزع الخافض مقصور على السماع ولا ينقاس حموي وبعضهم يقيسه (قوله يريد به تسوية النظر من الجانبين) اشار بهذا التفسير الى ان الاقبال في كلام المصنف ليس مستعملا في معناه الحقيقي حموي (قوله وتلقين حجته) كذا الشهود قال في الخيرية ساعد الشهود المدعي في الخصومة لا تقبل شهادتهم على المدعى عليه (قوله والمزاح معه او مع غيره) في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة خاصة انه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبدآ وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها زيلعي (تتمة) لا ينبغي للقاضي ان يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبذلك ورد الاثر عن عمر حموي عن المفتاح وهذا وان ذكره في المفتاح مطلقا الا ان الظاهر انه بالنسبة للاقارب وسيأتي آخر كتاب القاضي الى القاضي ما يشير الى ذلك (قوله واستحسنه ابو يوسف) في النهر عن البزازية والقنية الفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء (قوله في غير موضع التهمة) لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء الحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة رجع اليه بعدما تولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة زيلعي وقوله كاشخاص الغريم هو ارسال الرجل أي المحضر لاحضار الخصم كما في العناية وأما في موضع التهمة كان ادعى المدعي ألفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بالالف فالقاضي ان قال يحتمل انه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علما بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق وما في الشرنبلالية من قوله يجوز بالاتفاق صوابه لا يجوز كما في العناية وكذا يتعين ان يزاد في صدر القولة على قوله واستحسنه أبو يوسف فيما لا تهمة فيه فيقال أما ما فيه تهمة مثل ان يدعي ألفا وخمسمائة الخ بدليل ما في العناية وأيضا لو كان هذا تمثيلا لما لا تهمة فيه لكان الجواز قاصرا على قول أبي يوسف فدعوى الاتفاق دلت على انه تمثيل لما فيه تهمة (تتمة) اجرة المحضر على المدعي وهو الاصح بحر عن البزازية وفي الخانية على المتمرد وهو الصحيح درر بقي ان يقال ما سبق عن الزيلعي من قوله وهذا نوع رخصة رجع اليه بعدما تولى القضاء الخ يوهم

أو ممن جرت عادته بذلك) قبل القضاء ولو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته أيضا وكذا لو زاد المهدي على المعتاد يرد الزيادة وكذا لو وقعت له خصومة لا يقبل أيضا (و) يرد (دعوة خاصة) أي لا يحضرها الا ان يكون المضيف قريبا له فحينئذ يجيبه هكذا ذكر الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وقال محمد يجيب وانما يجيب الدعوة العامة والصحيح ان المضيف لو علم ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها فهي خاصة (ويشهد الجنازة ويعود المريض) هذا اذا كان المريض من غير المتخاصمين وأما اذا كان من المتخاصمين لا يعوده (ويسوي) القاضي (بينهما) أي بين المدعي والمدعى عليه اذا حضرا (جلوسا واقبالا) أي فيهما أو من جهتهما يريد به تسوية النظر من الجانبين (ويتقي عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته) والضحك في وجهه (والمزاح) معه أو مع غيره (وتلقين الشاهد) الشهادة مطلقا ومعناه أن يقول أتشهد بكذا وكذا واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة

ان

ان محمدا لم يتول القضاء وليس كذلك فقد نص فى لسان الحكام على انه قد تولى القضاء (فروع)
يصح قضاؤه لمن ولاه وعليه ولا يتكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر در عن البدائع وفيه عن
التتارخانية الاحوط ان يقول للخصمين احكم بينكما حتى اذا كان فى التقليد خلل يصير حكما بتحكيمهما
وفيه عن الفتح متى امكن اقامة الحق بلا ايغار صدور كان اولى وهل يقبل قصص الخصوم فى مجلس القضاء
لا وفى غيره يقبل ولا يعمل بما فيها الا اذا أقر بلفظه صريحا انتهى وقوله بلا ايغار صدور قال فى الصحاح
الوغرة شدة توقد الحر ومنه قيل فى صدره وغر بالتسكين أى ضغن وعداوة وتوقد من الغيظ انتهى

(فصل فى الحبس) لما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره
فى كتاب القضاء وافرده بفصل على حدة لانه اختص باحكام كثيرة وهو مشروع بالكتاب والسنة
والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فى قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه
عليه السلام حبس رجلا بالتهمة وأما الاجماع فلان الصحابة ومن بعدهم اجمعوا عليه ولم يكن فى زمنه عليه
السلام وأبى بكر وعمر وعثمان سجن وكان يحبس فى المجلس او فى المسجد ولما كان فى زمن على بنى السجن
وهو أوّل من بناه فى الاسلام كما فى الزيلعى وكان من قصب وسماه نافعا ونقبه اللصوص فبنى غيره من مدر
وسماه مخيسا وفى ذلك يقول

الا ترانى كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

وقال فى النهر كان الحبس فى زمنه عليه السلام وأبى بكر فى المسجد او الدهليز حتى اشترى عمر دارا بمكة
باربعة آلاف درهم واتخذها محبسا وقيل بل لم يكن فى زمن عمر وعثمان فاتخذه على والكيس من الكياسة
وهى حسن التأنى فى الامور والمخيس بالخاء المعجمة وبالياء المثناة التحتية وما فى النهر والبحر من انه بالتاء
المثناة من فوق خلاف الصواب كذا ذكره شيخنا ونقل عن النهاية لابن الاثير ما نصه وفى حديث على انه
بنى سجنا وسماه المخيس وتفتح ياؤه وتكسر والتخييس التذليل وانسان مخيس فى الحبس أى يذل ويهان
فالمخيس بالفتح موضع التخييس وبالكسر فاعله وصفة الحبس ان يكون فى موضع خشن ليس فيه فراش
ولا وطاء وهذا يفيد انه لو جىء له بذلك لا يمكن منه كما لا يمكن أحد يدخل عليه للاستئناس الا اقاربه
أو جيرانه ولا يمكثون ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو بكفيل الا لا صول
والفروع وعليه الفتوى بحر عن الخلاصة وفيه نظر لان فيه ابطال حق آدمى بلا موجب نهر عن الكمال
وكذا لا يخرج لمجىء رمضان والعيدين وان مرض مرضا اضناه فان وجد من يخدمه لا يخرج والا اخرج
بكفيل وحضرة الخصم ليست شرطا ولا يخرج لمعالجة وكسب بل ولا يتكسب فيه در ولا يمنع من جماع
زوجته أو امته ان احتاج اليه وكان فيه موضع يستره ولو له دين اخرج ليخاصم ثم يحبس ولا يغل ولا يجرد
ولا يؤاجر ولا يقام بين يدى صاحب الحق اهانة وعن أبى يوسف انه يؤجر لقضاء دينه الا اذا خيف فراره
فيقيد او يحول الى سجن اللصوص ولا يضرب الا اذا امتنع عن كفارة الظهار مع القدرة أو امتنع من
الانفاق على قريبه بحر وبزاد ما اذا متنع عن القسم بين نسائه بعد وعظه والضابط ما يفوت بالتأخير لا الى
خلف در عن الاشباه وفيه عن الوهبانية ان فر ضرب تأديبا والرأى فى تطيين الباب الى القاضى فاذا فعل
ذلك يترك ثقب يلقى منه الماء والخبز والعبرة فى تعيين مكانه لصاحب الحق وينبغى ان لا يجاب لو طلب
حبسه فى مكان اللصوص ويجعل للنساء سجن على حدة نفيا للفتنة (قوله واذا ثبت الحق) ولو دانقا
وهو سدس درهم در (قوله عند القاضى) ظاهره ان المحكم لا يحبس قال فى البحر ولم اره اقول صرح صدر
الشريعة بان المحكم يحبس حموى (قوله امره بدفع ما عليه) ينبغى ان يقيد بما اذا لم يتمكن القاضى من
الدفع اليه بنفسه كما اذا ادعى عينا فى يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن انها هى التى فى يده او دينا له عليه
وبرهن على ذلك فوجد معه ما هو من جنس حقه كان للقاضى ان يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه
ويدفعه الى المالك غير محتاج الى امره بدفع ما عليه نهر (قوله هذا اذا ثبت بالاقرار الخ) كذا فى الهداية

(فصل) فى الحبس (واذا ثبت الحق
للمدعى) على المدعى عليه عند القاضى
(امره بدفع ما عليه) ولا يحبسه على
الفور هذا اذا ثبت بالاقرار فان ثبت
بالبينة حبسه كما ثبت (فان ابى) عن
الدفع

لانه فى الاقرار لم يعرف كونه مماطلا فلعله له طمع فى الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك يحبس لظهور مطله وفى الثبوت بالبينة يحبس كما ثبت لظهور المطل بانكاره كذا حكى عن الصدر الشهيد وعن السرخسى عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت ان له على دينا الا الساعة فحيث علمت قضيت ولا يتأتى ذلك فى الاقرار قال الزيلعى والاحسن ما ذكره هنا يعنى ما ذكره المصنف من انه يؤمر بالايفاء مطلقا الخ (قوله حبسه) بطلب المدعى لانه لا يحبس بدون طلبه الا فى قول شريح نهر (قوله فى الثمن) قبض المشترى المبيع اولا وسواء كان الثمن على المشترى أو على البائع بعد الفسخ باقالة أو خيار وكذا رأس مال السلم بعد الاقالة وكذا الاجرة لانها ثمن المنافع حموى عن الرمز (قوله والقرض) وكل دين لزمه بدلا عن مال حصل فى يده كذا ذكره العينى قال شيخنا هذه عبارة القدورى ودخل فيها بدل المغصوب وضمان المتلفات وقول القدورى أيضا وما التزمه بعقد يدخل فيه أيضا ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع انه لا يحبس فى هذه المواضع ان ادعى الفقر وهذا هو السر فى عدول المصنف عن عبارة القدورى فما كان ينبغى للشيخ العينى تفويت نكتة العدول بمزجه العبارتين وهو فيما سلكه تابع للزيلعى انتهى (تتمة) اطلق فى القرض فعم ما لو كان لذمى أو مستأمن ولو كان لهما عليه دين تفاوتا فى قدره فلصاحب الاقل حبسه وليس لصاحب الاكثر اطلاقه بلا رضاه ولو أراد أحدهما اطلاقه بعدما رضيا بحبسه ليس له ذلك نهر عن البزازية (قوله وما التزمه بالكفالة) يعم الكفيل وكفيل الكفيل وان كثروا نهر عن البزازية قال ويعم الكفالة بالدرك ولم أره صريحا زاد القلانسى فى تهذيبه وفى كل عين يقدر على تسليمها ليشمل حبسه على العين المغصوبة والامانات اذا امتنع الامين من دفعها غير مدع هلاكها لانها صارت مغصوبة (قوله لا فى غيره) فان ادعى فى المهر المؤجل مثلا انه معسر ووجد من يقرضه أو كان له حرفة توفيه فلم يفعلها حبسه الحاكم نهر وهو مقيد بما اذا حل الاجل وقد طالبته به كما فى الهداية والتقييد بقوله ووجد من يقرضه أو كان له حرفة الخ للاحتراز عما اذا لم يكن كذلك حيث لا يحبس لان القول له فى دعوى الاعسار وكذا المؤجل بحكم العرف كان تزوجها على الف والعرف تعجيل خمسمائة قبل الدخول وطالبته بالباقى بعد الدخول فادعى الفقر كان القول له كذا بخط شيخنا (قوله كضمان الغصب) والمتلفات وبدل عتق نصيب الشريك وديون النفقات للزوجة أو القريب واخطأ أصحاب الاختيار اذ جعل بدل الخلع من القسم الاول نهر وانما لا يحبس فى هذه الاشياء اذا ادعى الفقر لانه لا دليل على اليسار لان دليل اليسار اذا لم يوجد كان القول لمن عليه الدين وعلى المدعى اثبات غناه بخلاف الفصل الاول لانه حيث حصل المال فى يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره درر (قوله غناه) أى قدرته على وفاء الدين (قوله بما رأى) الباء للتعدية وهى ومدخولها متعلقة بمحذوف حال من الضمير المستتر فى فيحبسه وما عبارة عن مدة وعائدها محذوف والتقدير مقدار حبسه بمدة رآها وجوز حذفه مجيئه مفعولا كذا بخط الشيخ شاهين (قوله مفوض الى رأى القاضى) ولو بوما هو الصحيح بل فى شهادات الملتقط قال أبو حنيفة اذا كان المعسر معروفا بالعسرة لا يحبس وفى الخانية لو فقره ظاهرا سأل عنه عاجلا وقبل بينته على افلاسه وخلى سبيله نهر وفى البزازية قال المديون حلفه أنه ما يعلم انى معسر اجابه القاضى فان حلف حبسه بطلبه وان نكل خلاه واقره المصنف وغيره قلت وقدمنا ان الرأى لمن له ملكة الاجتهاد در (قوله يسأل عنه) احتياطا لا وجوبا من جيرانه ويكفى عدل بغيبة دائن وأما المستور فان وافق قوله رأى القاضى عمل به والا لا ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة الا اذا تنازعا فى اليسار والاعسار فلابد من اقامة البينة على الاعسار در رونهر (قوله خلاه) من الحبس جبرا على الدائن نهر بلا كفيل الا فى ثلاث مال يتيم ووقف واذا كان الدائن غائبا ثم لا يحبسه للاول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه بزازية (فرع) احضر المحبوس الدين وغاب رب الدين يريد تطويل حبسه ان علمه وقدره أخذه أو كفيلا واطلقه در عن الخانية

(حبسه فى الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة لا فى غيره) أى لا يحبسه فى غير ذلك كضمان الغصب وارش الجنايات (ان ادعى المدعى عليه (الفقر) عند الامر بالدفع (الا ان يثبت غريمه غناه) بدليل شرعى (فيحبسه بما رأى) من المصلحة وعن أبى حنيفة انه مقدر بشهر وعنه بأربعة أشهر وعنه بستة أشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأى القاضى (ثم يسأل عنه) أى يسأل القاضى الناس عن حاله (فان لم يظهر له مال خلاه) بعد مضى المدة

(قوله ولم يحل الخ) أى لا يمنعهم عن ملازمته عند الامام وهو الصحيح وقال يمنعهم لانه منظر بانظار الله وله انه مغيا بقدرته على الايفاء وذلك ممكن فى كل وقت نهر وذكر فى النهر أيضا بيان معنى الملازمة للرجل وللمرأة (قوله ورد البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة نفى فلا تقبل مالم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل عينى (قوله وبينة اليسار أحق) لانه عارض والبينات للاثبات الا ان يدعى المدّعى اليسار وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة تقدم لان معها علما بأمر حادث فتح بحثا قال فى النهر وينبغى ان يكون معنى المسئلة انه بين سبب الاعسار وشهدا به الخ (قوله وأبد حبس الموسر) لانه جزاء الظلم قلت وسيجىء فى الحجر انه يباع ماله لدينه عندهما وبه يفتى وحينئذ فلا يتأبد حبسه در (قوله لنفقة زوجته) لانه ظالم بامتناعه وانما يتحقق ذلك فى اليوم الثانى من يوم فرضها أما بمجرد فرضها لا يحبسه أما الماضية المفروضة فلا يحبس عليها وان قضى بها اذا ادّعى الفقر لانها ليست ببدل مال ولا التزمها بعقد نهر حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها در والنفقة الملتزمة بالعقد انما هى النفقة المطلقة كذا بخط شيخنا وبهذا تعلم ما فى كلام العينى من القصور حيث اقتصر فى التعليل لعدم حبسه على النفقة الماضية بقوله لانها تسقط بمضى الزمان انتهى لاقتضائه الحبس عليها اذا كانت مقررة وتراضيا عليها مع انه لا يحبس أيضا اذا ادّعى الفقر ولو زاد فى التعليل قوله ولانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد كما فى الزيلعى لم يرد عليه شئ الى هذا أشار الشيخ شاهين (تتمة) حبست المرأة زوجها بمهرها او بدين آخر فقال الزوج للقاضى احبسها معى فان لى موضعا فى السجن تحبس معه لانها لو لم تحبس تذهب حيث تريد وهو المختار لفساد الزمان حموى عن المفتاح (قوله لا فى دين ولده) لانه لا يستحق العقوبة بسببه والمراد بالوالد الاصل وان علا ولو وجدا فاسدا وبالولد فرعه وان سفل واذا لم يحبس فالقاضى يقضى دينه من ماله ان كان من جنسه والا باعه للقضاء والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله والعبد لا يحبس بدين مولاه كما لا يحبس مولاه بدينه الا اذا كان مأذونا مديونا فيحبس للغرماء وكذا المكاتب لا يحبس ببدل الكتابة واختلفوا فى حبسه بدين آخر وصحح فى المبسوط عدم الحبس وعليه الفتوى لانه متمكن من اسقاطه بتعجيزه ولا المولى بدين المكاتب ان كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ولا يحبس الصبى بدين الاستهلاك الا تأديبا فان كان له اب أو وصى وامتنع من قضاء دينه من ماله حبس والا باع القاضى ماله ووفى دينه ولا تحبس العاقلة فى دية أرش اذا كان لهم عطاء بل يؤخذ منه فان لم يكن لهم عطاء حبسوا ولا يحبس المديون اذا كان له مال غائب او مديون موسر نهر عن البحر وغيره (قوله الا اذا أبى الخ) لانه بمنعها عنه قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه نهر (قوله اذ كان الولد صغيرا) ويجب ان يكون البالغ الزمن كذلك نهر والتقييد بالصغير يفهم انه لو كان بالغا فقيرا لا يحبس اذا امتنع من النفقة عليه مع ان نفقته واجبة عليه وفيه تأمل لا يخفى حموى عن البحر (قوله اشتباه الخ) الاولى ان يقال فيه تناقض قال بعض المشايخ لا اشتباه فى كلام المصنف ولا تناقض لان المراد من قوله هنا ويحبس الرجل لنفقة زوجته النفقة الحاضرة اذا امتنع من الانفاق عليها الا الماضية حموى فالمراد بالنفقة المطلقة فيما سبق هى النفقة الحاضرة (قوله والولد) فى كون نفقة الولد مما يلزمه بالعقد نظر حموى

(باب كتاب القاضى الى القاضى)

اعلم ان الكتاب بعلمه كالقضاء بعلمه فى الاصح ولا يقبل كتاب القاضى من محكم بل من قاض مولى من قبل الامام يملك اقامة الجمعة وقيل يقبل من قاضى رستاق الى قاضى مصر أو رستاق واعتمده فى منح الغفار والكمال وفى البحر عن السراج اذ كان الكتاب الذى ورد عليه لمن لا تقبل شهادته له كالوالدين والزوجة جاز القضاء به بخلاف ما اذا ترافعوا اليه من غير كتاب انتهى وفى التنوير وشرحه اذا وقع للقاضى حادثة

(ولم يحل) القاضى بعدما اخرجه منه
(بينه وبين غرمائه ورد البينة)
لوقامت البينة (على افلاسه قبل
حبسه) عند الجمهور وقيل تقبل
(وبينة اليسار احق) اى لو أقام
المحبوس بينة على عسرته واقام رب
المال بينة على يساره فبينة اليسار
اولى وكيفية الشهادة على الافلاس
يحكى عن ابى القاسم انه قال ينبغى
ان يقول الشهود نشهد انه مفلس
معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته
التى عليه وثياب ليله وقد اختبرنا
امره فى السر والعلانية كذا فى
شرح السيد للهداية (وابد حبس
الموسر) الى ان يدفع المال الى المدعى
(ويحبس الرجل لنفقة زوجته لا فى
دين ولده الا اذا ابى) الاب (من
الانفاق عليه) اى على الولد فحينئذ
يحبس هذا اذا كان الولد صغيرا
لا مال له وانما قيد بدين الولد لان الرجل
يحبس فى دين والده فيه اشتباه لانه
يناقض قوله فيما تقدم لا فى غيره ولو
قال فى الاول حبسه فى القرض وما
التزمه بالعقد كالمهر والكفالة لكان
اولى لان نفقة الزوجة والولد من قبيل
ما يلزمه بالعقد
(باب كتاب القاضى الى القاضى)

وغيره) اى غير كتاب القاضى اورد هذا الباب بعد فصل الحبس لانه يتم بقاض واحد وكتاب القاضى الى القاضى لا يتم الا بقاضيين والواحد قبل المتعدد لا محالة وفى السراجية كتاب القاضى الى القاضى فيما دون مسيرة السفر لا يجوز فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضى لا يمكنه الرجوع الى منزله فى يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى (ويكتب القاضى الى القاضى فى) الحقوق كلها (غير حد وقود) ولا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء وعن ابى يوسف انه يقبل فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما وعن محمد انه يقبل فى جميع ما ينقل وعليه المتأخرون وقال القاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى ثم الكتاب الى القاضى نوعان احدهما السجل والثانى يسمى بالكتاب الحكمى (فان شهدوا على خصم) اى على خصم حاضر وهو المدعى عليه (حكم بالشهادة وكتب بحكمه) ليرجع على بائعه (وهو المدعو سجلا والا) اى وان شهدوا بغير خصم (لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمى وهو) أى هذا الكتاب (نقل الشهادة فى الحقيقة) والفرق بينه وبين السجل ان السجل لا يكون الا بعد الحكم والكتاب الحكمى لا يكون الا قبل الحكم وحكم القاضى فى السجل اذا وقع فى مسئلة مختلف فيها ليس للمكتوب اليه ولاية ان يبطله بل عليه تنفيذه لاتصال الحكم به بخلاف الكتاب الحكمى فانه جاز للمكتوب اليه رده وقد ذكر كيفيته هكذا يكتب قاضى بخارى الى قاضى سمرقند ان فلانا وفلانا شهدا عندى ان عبد فلان المسمى بمبارك الذى حليته كذا وكذا أبق من مالكه فلان و وقع بسمرقند فى يد فلان الى آخر الكتاب ويختمه فاذا وصل الى قاضى سمرقند يحضر الخصم مع العبد ويفتحه بشرائطه التى تأتى فى المتن فان لم تكن حليته كما كتب يتركه وان كان فالخصم ان ذهب الى بخارى فبها والا يسلم العبد الى المدعى لا على وجه القضاء وأخذ منه كفيلا بنفس العبد ويجعل فى عنقه شيئا ويختمه حتى لا يتعرض له احد فى الطريق انه سرق ويكتب الى قاضى بخارى جواب كتابه وانه أرسل اليه العبد فاذا وصل اليه الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا فى غيبة العبد ليشهدوا فى حضرته ويشيروا اليه انه ملك المدعى لكن لا يحكم ثم يكتب هو الى قاضى سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره

أولولده فاناب غيره وقضى نائب القاضى له أو لولده جاز كما لو قضى للامام الذى قلده القضاء او لولد الامام سراجية خلافا للجواهر والملتقط انتهى (قوله وغيره) أراد بالغير قوله وتقضى المرأة الخ نهر (قوله فى الحقوق كلها) أشار بهذا المزج الى أن المستثنى منه محذوف من كلام المصنف حموى واراد بالحقوق كل ما يثبت مع الشبهة كالدين والنكاح والطلاق والعتاق والشفعة والوصية والايصاء والموت والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والاعيان المنقولة والعقار اذا بين حدوده الاربع نهر (قوله غير حد وقود) وهذا بالاجماع الا فى رواية عن مالك انه يكتب فيهما أيضا عينى وانما لم يقبل فى الحدود والقود لما فيه من الشبهة زيلعى (قوله ولا يقبل فى الاعيان المنقولة) فى ظاهر الرواية للحاجة الى الاشارة اليها فى الدعوى والشهادة نهر (قوله فى العبيد) لغلبة الاباق فيهم عينى (قوله يقبل فى جميع ما ينقل) والاشارة اليها تحقق عند القضاء من الثانى فاكتفى بها نهر وفى كون القضاء من الثانى او من الاول خلاف حكاه الزيلعى وسيأتى (قوله وعليه الفتوى) للضرورة عينى (قوله وكتب بحكمه) قال الزيلعى انما يكتب السجل حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم نفسه او من يقوم مقامه الا اذا غاب بعد الحكم عليه او جحد الحكم فحينئذ يكتب ليسلم له حقه او لينفذ حكمه انتهى فهذا من الزيلعى صريح فى ان المراد بالخصم اما المدعى عليه او وكيله وانه لو اريد بالخصم المدعى عليه كان الى الكتاب الآخر بما قد علمت من الفوائد فسقط قوله فى الفتح يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من ينصبه القاضى وكيلا عن الغائب يسمع الدعوى والا لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الآخر لان الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه نهر فما فى الدرر بعد ان عزا للنهاية ما قدمناه عن الفتح من قوله والاحسن ان يقال ان قوله فان شهدوا على خصم ليس بمقصود بالذات بل توطئة لقوله وان شهدوا بغير خصم لم يحكم الخ فيه نظر بقى ان يقال لو أبدل الزيلعى قوله يسلم له حقه بقوله يستوفى منه الحق لكان أولى (قوله وهو المدعو سجلا) أى الحجة التى فيها حكم القاضى هذا فى عرفهم وفى عرفنا كتاب كبير تضبط فيه وقائع الناس بحر (قوله وهو الكتاب الحكمى) نسبه الى الحكم باعتبار المآل نهر (قوله جاز للمكتوب اليه رده) يشير الى ما ذكروه من أن المكتوب اليه يحكم برأيه وان خالف رأى الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لانه استحكم بالقضاء عينى وتعبير الشارح بجواز رده اليه يعنى اذا كان مخالفا لرأيه يشير الى ما قيل من انه اذا قضى بمذهب غيره نفذ والا لعبر بالوجوب (قوله حليته كذا) ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره فى الاسم والصفة والحلية وفى المقضى عليه وهو الذى فى يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فى جميع ما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعى بل يبعثها مع أمين معه زيلعى (قوله ويجعل فى عنقه شيئا) قال الزيلعى خاتما من رصاص (قوله ويكتب الى قاضى بخارى جواب كتابه) ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما فى الكتاب زيلعى (قوله لكن لا يحكم) حكاه الزيلعى بقيل بعد ان صدر بأنه يحكم به ونصه فاذا وصل الكتاب الى القاضى وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه أمر المدعى ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا

وارسله مع العبد اليه ليحكم القاضي بسمرقند على الخصم و يبرأ الكفيل عن كفالته كذا في الاصيلي ثم يشترط أن يكون الكتاب من معلوم الى معلوم
في معلوم لمعلوم على معلوم واعلام هؤلاء بذكر اسمهم ونسبهم الى أبيهم وجدهم أو قبيلتهم فان لم يذكر اسم الاب ولا الجد

لا يحصل التعريف ايضا الا اذا كان مشهورا باسمه العلم (وقرأ) أى يجب أن يقرأ الكتاب (عليهم) أو يعلمهم بما فيه ان لم يقرأ (وختم عندهم) مطلقا هذا عندهما وعند ابى يوسف لا يشترط شئ من ذلك وقيل اذا كان الكتاب في يد المدعى يفتى بأن الختم شرط وان كان في يد الشهود يفتى بأنه ليس بشرط كذا في الاصل (وسلم اليهم) وعمل القضاة اليوم انهم يسلمون الى المدعى وعن أبى حنيفة انه يسلمه الى الشهود (فان وصل الى القاضي المكتوب اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتح القاضي) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) هذا عندهما وعند أبى يوسف اذا شهدوا انه كتابه وختمه قبله ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح حيث قال فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي الى أن قال فتح ولم يزد وعدلوا فعلم بهذا انه لا يشترط العدالة للفتح والصحيح انه يفتحه بعد ثبوت عدالة الشهود كذا ذكره الخصاف ثم حضور الشهود عند الفتح غير لازم بل هو احتياط كذا ذكره في ادب القاضي للخصاف (ويبطل الكتاب بموت القاضي (الكاتب وعزله) وبعدم اهليته وعن ابى يوسف انه يقبل بعد موته أيضا (وبموت المكتوب اليه) وعزله (الا) اى يبطل بموت المكتوب اليه الا (اذا كتب بعد اسمه) اى اسم المكتوب اليه (والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) فحينئذ لا يبطل بموت المكتوب اليه فيقبله من يصل اليه من القضاة وينفذه بخلاف ما اذا كتب القاضي ابتداء كتبت الى كل من يصل اليه فانه لا يجوز عندهما خلافا لابى يوسف (لا بموت الخصم) اى لا يبطل الكتاب بموت الخصم ولما فرغ من بيان كتاب القاضي شرع في غيره فقال

حكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبرأ كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغائب لا يجوز الخ (قوله وارسله مع العبد) أى ارسل الكتاب (قوله كذا في الاصيلي) في بعض النسخ الاصل (قوله وقرأ عليهم) أى على من أشهدهم وهم شهود الطريق لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من القراءة عليهم اذ لا شهادة بدون العلم درر وعيني ومن شرائطه ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه وأبيه وجده حتى لو أخل بشئ منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به (قوله وختم عندهم) ومن الشروط ان يكون فيه التاريخ فلو لم يكتبه لا يقبل نهر (قوله وعند أبى يوسف لا يشترط شئ من ذلك) وانما الشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه ويكتب القاضي الحاجة التى لا بد من معرفتها واختاره السرخسى والكمال فلا يضر كونه غير مختوم مع شهادة العدل انه كتابه نهر (قوله وعن أبى حنيفة انه يسلمه الى الشهود) هذه الرواية هى التى مشى عليها المصنف وظاهر التعبير بعن انها ليست المذهب حموى (قوله ولم يقبله) أى لم يقرأه والا فمجرد قبوله لا يترتب عليه حكم نهر (قوله بلا خصم) هو المدعى عليه ثم ان كان مقرا استغنى عن الكتاب وانما كان حضور الخصم شرط القبول أى قراءته لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة (قوله وشهود) مسلمين ولو كان الكتاب لذمى على مثله لانهم يشهدون على فعل المسلم هذا اذا انكر الخصم انه كتاب القاضي فان اعترف استغنى عن الشهادة بخلاف كتاب الامان في دار الحرب حيث لا يحتاج الى بينة كما في التنوير وشرحه معللا بأنه ليس بملزم وفيه عن الاشباه لا يعمل بالخط الا في مسئلة كتاب الامان ودفتر البياع والصراف والسمسار (قوله ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) أى عدالة شهود الطريق (قوله والصحيح الخ) جزم به الزيلعى حيث قال يعنى اذا ثبتت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي الكاتب قد كتب عدالتهم او سأل من يعرفهم من الثقات فزكوا فما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به انتهى كذا قيل واقول ماذكره الشارح من الخلاف في اشتراط العدالة والصحيح انها شرط بالنسبة لفتح الكتاب واما ما جزم به الزيلعى فهو بالنسبة للحكم به وهى مما لا خلاف فيه وحينئذ فعدم اشتراط المصنف العدالة لفتحه لا ينافي جزم الزيلعى بها (قوله ثم حضور الشهود عند الفتح غير لازم) وكذا لا يشترط حضورهم لقبول الكتاب خلافا لظاهر قول المصنف فيما سبق ولم يقبله بلا شهود ولهذا اوله في النهر حيث حمل القبول على القراءة (قوله بموت القاضي الكاتب وعزله) يعنى قبل وصول الكتاب الى الثاني أو بعده قبل ان يقرأه عليهم وقال ابو يوسف لا يبطل اما بعدهما فلا يبطل ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض آخر وامضاه جاز لانه صادف مجتهدا فيه وفي النهر اذا كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بتنفيذ قاض آخر ان كان في المقضى به استغنى عن ذلك انتهى درر وسيأتى لهذا مزيد بيان (قوله وبعدم أهليته) بجنونه وردته وحده لقذف وعماه والاغماء عليه وكذا فسقه على القول بأنه ينعزل به بقى ان يقال ما ذكره الشارح كالزيلعى والعينى والبحر في توجيه بطلان الكتاب بموت الكاتب بقولهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة نظر فيه المرحوم الشيخ شاهين بما سيأتى في الشهادة على الشهادة للفرع بلا موت أصله او مرضه او سفره ولهذا علل في الجوهرة بأن كتابه كخطابه في مجلس قضائه وبموته بطلت اهليته للخطاب الخ (قوله وعن ابى يوسف انه يقبل بعد موته أيضا) الذى في الزيلعى وقال ابو يوسف الخ (قوله فيقبله من يصل اليه من القضاة الخ) ولو وصل الى قاض ولى بعد كتابة المكتوب لا يقبله لعدم ولايته وقت الخطاب تنوير وشرحه (قوله خلافا لابى يوسف) استحسنه كثير من المشايخ زيلعى وفي النهر عن الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم قال وفي الفتح وهو الاوجه الخ (قوله لا بموت الخصم) لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه ولو مات المدعى ينبغى ان لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ له زيلعى وكذا لا يبطل بموت شاهد الاصل خلافا لما في الخانية در ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة ثم جاز

فيه شهادة النساء بحر ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي فهرب الى بلدة أخرى فللقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي واذا أقام شاهدا عند القاضي وسأل القاضي ان يكتب له كتابا الى قاض آخر فعل فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه نهر وقوله ولو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي فهرب الخ مشكل لانه لا يفتح الكتاب الا بحضرة الخصم فكيف يكتب مع عدم فتحه والجواب ان حضور الخصم شرط لفتح الكتاب لاجل الحكم لا لارسال الكتاب الى آخر حموي عن بعض الفضلاء (قوله وتقضي المرأة الخ) لما مر من انها أهل الشهادة وشهادتها جائزة في غير ما ذكر فكذا قضاؤها الا ان موليها آثم لخبر خاب قوم ولوا أمرهم امرأة والظاهر ان الخنثى المشكل كالمرأة واخبار الشارع بنقصان عقلها لا يفيد سلب أهليتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف ووصية على اليتامى ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه ومن حوادث الفتوى ان واقفا شرط الشهادة في وقفه لزيد ثم لولده من بعده فلم يترك بعده الا بنتا فأفتى صاحب البحر باستحقاقها للوظيفة بناء على ان قوله في الفتح في الاوقاف يتعلق بكل من شاهدة وناظرة ونظر فيه في النهر بما يطول ذكره قال واذا عرف هذا فتقريرها في شهادة وقف ابتداء غير صحيح انتهى ورأيت بخط السيد الحموي عن المقدسي موافقة ما في النهر ونصه لقائل ان يقول ان في الاوقاف متعلق بناظرة لا بشاهدة وعلى تقدير تنازع العاملين فيه فالمتعارف في الاوقاف خلاف هذا وهو كون الشاهد فيها ذكرا انتهى ثم نقل عن بعض الفضلاء ما نصه بل الظاهر ان في الاوقاف متعلق بهما لا بناظرة فقط وأما قول المقدسي فالمتعارف الخ فلا يمنع كونها أهلا للشهادة وقول الاصحاب بان شهادتها في غير حد وقود جائزة فكذا قضاؤها صريح في صحة تقريرها في الاوقاف اه وأما تقريرها في نحو وظيفة الامامة فلا شك في عدم صحته لعدم أهليتها خلافا لما زعمه بعض الجهلة من انه يصح وتستنيب لان صحة التقرير تعتمد وجود الاهلية وأيضا جواز الاستنابة فرع صحة التقرير وأما سلطنة المرأة والخنثى فصحيحة قال السيد الحموي وقد ولي مصر امرأة تسمى شجرة الدر جارية الملك الصالح بن أيوب الخ والمختار جواز كونها نبية لا رسولة لبناء حالهن على الستر (قوله في غير حد وقود) في النهر عن الخلاصة لو قضت المرأة في الحدود والقصاص فرفع الى قاض آخر فأمضاه ليس لغيره ان يبطله انتهى (قوله كشهادتها) فانها لا تجوز فيهما للشبهة البدلية زيلعي (قوله ولا يستخلف قاض) ولو بعذر بحر عن العناية لانه مفوض اليه القضاء دون التقليد فصار كالوكيل بالبيع أو النكاح ليس له ان يوكل الا باذن فاذا عقد بحضرة موكله او بغيبته فاجازه صح أما الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا أجاز أو حضر لم يصح لان المقصود عبارته نهر عن المنية واذا استخلف من لم يفوض اليه ذلك فقضى الثاني بحضرة من الاول او بغير محضره الا انه أجازه جاز كالوكيل اذا وكل مع عدم الاذن بشرط ان يكون الخليفة أهلا للقضاء لا رقيقا ولا محدودا في قذف ولا كافرا واعلم ان هذا قضاء فضولي ابتداء فيستفاد منه ان الفضولي بلا استخلاف لو قضى وأجازه القاضي صح نهر أيضا واعلم ان الوصي يملك الايصاء الى غيره ويملك التوكيل والعزل في حياته لان أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصي وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصية زيلعي قيد باستخلافه قاضيا لان له التوكيل والايصاء بلا اذن الامام والفرق ان المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء اكثر بحر عن العناية (قوله الا اذا فوض اليه ذلك) صريحا كول من شئت او دلالة كجعلتك قاضي القضاة والدلالة هنا أقوى لان في الصريح يملك الاستخلاف لا العزل وفي الدلالة يملكهما كقوله ول من شئت واستبدل من شئت فان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم تقليدا وعزلا در (تتمة) استخلف المأذون رجلا وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم (قوله يجوز له ان يستخلف) سواء كان مذهب الخليفة موافقا لمذهبه أو لا وهل له الاستخلاف قبل وصوله الى محل ولايته في شرح أدب القضاء انما يصير قاضيا اذا بلغ الموضع الذي قلد فيه القضاء وفيه ينبغي للقاضي ان يقدم نائبه كي يتعرف أحوال الناس ومقتضى

(وتقضي المرأة في غير حد وقود) كشهادتها (ولا يستخلف قاض) على القضاء (الا اذا فوض) الامام (اليه ذلك) اى الاستخلاف فحينئذ يجوز له ان يستخلف

الاول انه لا يستخلف والثانى انه يستخلف فيحمل على ارسال النائب باذن الخليفة او ان ذلك معروف بينهم نهر وأقول جواز ارساله لتعرف احوال الناس لا يستفاد منه جواز حكمه قبل وصول المرسل ثم رأيت بخط السيد الحموى عن بعض الفضلاء ما نصه ليس المراد محض الارسال انما المراد الارسال على ان يحكم وهو ممنوع الخ وحينئذ فلا يعول على ما أفتى به صاحب البحر من جواز استخلافه قبل وصوله الى محل قضائه (تتمة) النائب يقضى بما شهدوا عند الاصل وبالعكس ولو كان له ولاية القضاء يومين من كل اسبوع فقضى فى غير نوبته واجازه فى نوبته جاز وعلى هذا لو قضى فى غير محل ولايته فأجازه فيها يجوز (قوله بخلاف المأمور بالجمعة) لكونها على شرف الفوات فان كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز لانها انعقدت بالاصل فكان الثانى بانيا فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح زيلعى ونهر وما فى الدرر من ان الخطيب ليس له الاستخلاف ابتداء الا باذن لا اصل له وانما هو فهم فهمه من بعض العبارات وقد صرح العلامة ابن جرباش بان اذن السلطان باقامة الخطبة شرط اول مرة فيكون الاذن منسحبا ولا يشترط الاذن لكل خطيب بحر (قوله حتى لا يملك القاضى الخ) ولا ينعزل بعزله ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله درعن الزيلعى لكن لا ينعزل الا اذا وصل اليه الخبر كالوكيل وعن الثانى انه لا ينعزل مالم يأت قاض آخر صيانة للمسلمين عن تعطيل قضاياهم بزازية من كتاب القضاء (قوله حكم قاض) لم يقل آخر ليعم حكم نفسه نهر عن الايضاح فالتقييد به فى التنوير اتفاقى در (قوله أمضاه) وافق رأيه او خالفه بقى على قضائه او مات او عزل لانه نكرة فى سياق الشرط فيعم فليس فى كلام المصنف ما يوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرأيه كما زعم الزيلعى بحر وأيضا ما سيأتى من قوله الا ان يخالف الكتاب الخ صريح فى منع ما ادعاه من الايهام ومعنى امضاه حكم بمقتضاه والمراد من الحاكم القاضى لا المحكم والمراد من الامضاء الزام الحكم وهذا اذا كان بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لانه فتوى فيحكم الثانى بمذهبه فالتنافيذ الواقعة فى زماننا غير معتبرة لصدورها بلا دعوى بحر وشرطه ان يكون الحاكم عالما بالاختلاف حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى نهر عن الزيلعى وغيره لكن فى الدر عن الخلاصة ويفتى بخلافه الخ ولا يشترط فيه احضار شهود الاصل بل تكفى الشهادة على الحكم وفى البحر لو ارتاب القاضى فى حكم الاول له ان يطلب شهود الاصل قال فى النهر ولم أجده لغيره وهذا كله اذا كان الاختلاف فى المقضى به أما اذا كان فى نفس القضاء ففيه روايتان فى رواية لا ينفذ وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الخلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة بحر عن الزيلعى وفيه عن الفتح اذا رأى المصلحة فى القضاء على الغائب او له فحكم فانه ينفذ ولا يفتقر الى امضاء قاض آخر وفى الخلاصة الفتوى على هذا انتهى قال فقد اختلف الترجيح (تتمة) حكم بخلاف مذهبه ناسيا المذهب أو عامدا نفذ عند الامام رواية واحدة فى الناسى وكذا العامد فى احدى الروايتين عنه وعندهما لا ينفذ فى الوجهين قال الزيلعى وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره فى الكافى انتهى فقد اختلف فى الفتوى والوجه فى هذا الزمان ان يفتى بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله الا لهوى باطل وأما الناسى فلانه انما تولى ليحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فكان معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم بحر عن الفتح وأما امر امير المؤمنين فتى صادف فصلا مجتهدا فيه نفذ أمره درعن التتارخانية بقى ان يقال ما سبق عن البحر من ان التنافيذ الواقعة فى زماننا غير معتبرة لصدورها بلا دعوى مخالف لما فى حاشية الاشباه للعلامة البيرى حيث ذكر عند قول الاشباه الكذب مفسدة محرمة الا فى ثلاثة مواضع ما نصه ويزاد مسائل منها وهى السابقة اذا خاف الواقف ان يبطل وقفه قاض فانه يكتب فى صك الوقف وقد قضى به قاض معزلا بانه

(بخلاف المأمور بالجمعة) حيث يجوز له استخلاف غيره وان لم يأذن الامام لامام الجمعة بالاستخلاف فاذا اذن بالاستخلاف فاستخلف صار المستخلف قاضيا من جهة الامام لا من جهة القاضى حتى لا يملك القاضى الاول عزل الثانى الا ان يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل من شئت فيملك عزل الثانى (واذا رفع اليه حكم قاض آخر امضاه

كذب لمنع المبطل من الابطال انتهى معزيا للعمادية فتحصل من مجموع كلام البحر والبيرى ان فى المسئلة اختلافا فعلى ماذكره البيرى لا يشترط لصحة الحكم كونه مرتبا على دعوى من خصم على مثله وهذا هو الموافق لمذهب الامام مالك وقد نبهنا على ذلك فيما علقناه على الاشباه (قوله ان لم يخالف الكتاب) الذى لم يختلف فى تأويله السلف دركالقضاء بحل مزنية ابيه أو ابنه أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها بحر أو بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا فانه مخالف لظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولابد من تقييد الكتاب بان لا يكون قطعى الدلالة والا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة اذا كان قطعى الدلالة كفر نهر عن التلويح قال وظاهر كلامهم ان آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هى نص فى المدعى وفيه نظر يظهر مما مر انتهى يريد ماسبق عن التلويح (قوله والسنة المشهورة) كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة در والقضاء بشاهد ويمين فانه مخالف للحديث المشهور البينة على المدعى واليمين على من انكر وقيد بالمشهورة احترازا عن الغريب نهر عن الزيلعى (قوله والاجماع) كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهد فيه والمراد بالاجماع ماليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى وغير المستند يسمى خلافا لا اختلافا قال فى الهداية والمعتبر الاختلاف فى الصدر الاول انتهى وعليه فرع بعضهم ان للقاضى ان يبطل ماقضى به المالكى والشافعى برأيه وانما ينفذه اذا كان قول أحدهما موافقا لقول بعض الصحابة أو التابعين باعتبار انه مختلف فيه فى الصدر الاول لا باعتبار انه قول أحدهما قال فى الفتح وعندى ان هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا وابا حنيفة والشافعى مجتهدون فلا شك فى كون المحل اجتهاديا والا فلا ولا شك انهم اهل اجتهاد ورفعته نهر (قوله بان كان قولا لا دليل عليه) تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفا للادلة المذكورة بسبب انه يكون قولا لا دليل عليه كالقضاء بسقوط الدين اذا مضى عليه سنون واعلم انه لا يلزم من عدم سقوط الدين بمضى سنين سماع الدعوى الاترى الى ماذكره فى الخلاصة من ان دعواه بعد ثلاثين سنة لا تسمع وفى المبسوط بعد ثلاث وثلاثين اذا كان المدعى والمدعى عليه فى مكان واحد ولم يمنعه من الدعوى مانع وجرى على مافى المبسوط فى الفواكه البدرية وعلل بان ترك الدعوى هذه المدة مع التمكن يدل على عدم الحق ولا فرق فى ذلك بين العقار والدين وغير ذلك قال الحموى أقول فى صرة الفتاوى نقلا عن فتاوى العتابى انه استثنى الارث والوقف فتسمع الدعوى فيهما بعد مضى المدة المذكورة انتهى (قوله وينفذ القضاء الخ) للنفاذ باطلا شرطان الاول عدم علم القاضى بكذب الشهود فلو علم به القاضى لم ينفذ كره فى الفتح الثانى كون المحل قابلا فلو كانت المرأة تحت زوج أو معتدة ومرتدة أو محرمة بمصاهرة أو برضاع لم ينفذ بحر (قوله بشهادة زور) فى البحر عن القنية ادعى جارية انه اشتراها بكذا أى ادعى كذبا وزورا فأنكر فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول تحل الجارية للمدعى ديانة وقضاء كما فى شهادة الزور انتهى قال فى البحر فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور انتهى قلت فلو حذف المصنف شهادة واقتصر على قوله وينفذ القضاء بالزور لكان اولى وأما القضاء باليمين الكاذبة فلا ينفذ ولهذا قال الزيلعى ادعت المرأة ان زوجها ابانها بثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضى فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا تسعها الاقامة معه ولا ان تأخذ من ميراثه شيئا وهذا لا يشكل اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية فلا انشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغى ان يثبت الانشاء على قياس قول أبى حنيفة وجوابه ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضى بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المرأة ادعت الفرقة وعجزت الخ (قوله فى العقود) يشمل عقود التبرعات بحر (قوله والفسوخ) فى ايضاح الاصلاح اراد بالفسخ ابطال العقد باى وجه فيعم الطلاق قال فى البحر وليس بصحيح لان الطلاق لا يبطل النكاح وانما يرفع القيد الثابت بالنكاح فالاولى ان يقال اراد بالفسخ مايرفع حكم العقد فيشمل الطلاق انتهى وأقول فى دعوى عدم الصحة نظر اذ لا مانع من ان يكون كلامه على حذف مضاف وقوله

(حكم القاضى ان لم يخالف) الكتاب والسنة المشهورة
(والاجماع) بأن كان قولا لادليل له
(وينفذ القضاء بشهادة الزور فى
العقود) بان ادعى رجل على امرأة
نكاحا وهى تجحد واقام عليها
شاهدى زور وقضى القاضى بالنكاح
بينهما (والفسوخ)

اراد

أراد بالفسخ ابطال العقد أى ابطال حكم العقد (قوله ظاهرا) أى من حيث الظاهر اونفوذا ظاهرا اى فيما بيننا كثبوت التمكين والنفقة والقسمة حموى (قوله وباطنا) يعنى بينه وبين الله تعالى (قوله وعندهما لا ينفذ باطنا) لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما كان الشهود عبيدا أو كفارا وله قول على لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا لها زيلعى والفتوى على قولهما بحر عن القنية ومثله فى البرهان كما فى الدر عن الشرنبلالية ولا فرق فى النفاذ ظاهرا وباطنا عند الامام بين ان تكون دعوى النكاح من الرجل والمرأة تجحد او بالعكس كما فى العينى (قوله لا فى الاملاك المرسلة) وهى التى لم يذكر سببها معينا الان فى اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس فى وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء عينى ولو حذف الاملاك لكان أولى ليشمل ما اذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فانه لا ينفذ والارث كالاملاك المطلقة فلا ينفذ القضاء فيه بشهادة الزور باطنا اتفاقا وان كان ملكا بسببه بحر وظاهر التقييد بالاملاك المرسلة ان القضاء بالنسب بشهادة الزور ينفذ باطنا ويتفرع عليه ما فى البحر عن الولوالجى اذا شهدا زورا انه أقر ان امته بنت له فجعلها القاضى بنتا له ثبت جميع احكام البنتية عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى قوله الاول ولا يحل له ان يطأها وترث منه قال ومن مشايخنا من قال القضاء بالنسب بشهادة الزور لا ينفذ باطنا بالاجماع ونص الخصاف على انه ينفذ عند أبى حنيفة قال وهذا حيلة لمن لا وارث له ان يدعى نسب مجهول انه ابنه أو ابنته ويقيم شاهدى زور فيقضى له بالنسب (قوله يعنى لو قضى الخ) صورته ادعى جارية ملكا وأقام على ذلك بينة زور وقضى القاضى لا يحل له وطؤها بالاجماع حموى وحل للمقضى عليه لكن يفعل ذلك سرا لانه لو فعله جهرا فسقه الناس أو عزروه بحر عن الولوالجية (قوله وفى الهبة والصدقة روايتان) وكذا فى البيع باقل من قيمته فى رواية لا ينفذ باطنا لان القاضى لا يملك انشاء التبرعات فى ملك الغير والبيع بالاقل تبرع من وجه واطلاق الكتاب يقتضى ان المعتمد النفاذ فيها باطنا أيضا لان النفاذ فى ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه بحر (قوله ولا يقضى على غائب) ولا له أى لا يصح بحر عن البزازية لقوله عليه السلام لعلى لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضى اطلق فى عدم القضاء عليه وهو مقيد بما اذا ثبت الحق ببينة سواء كان غائبا وقت الشهادة أو بعدها قبل التزكية وسواء كان غائبا عن المجلس حاضرا فى البلد أو غائبا عن البلد وأما اذا أقر عند القاضى فغاب قبل ان يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لان له ان يطعن فى البينة دون الاقرار بحر (قوله وقال أبو يوسف ان انكر الخ) لان انكاره سمع نصا فوجد شرط حجية البينة حموى (قوله وقال الشافعى يجوز القضاء على الغائب بالبينة) التقييد بالبينة لا للاحتراز عن جواز القضاء على الغائب بالاقرار لانه لا خلاف فيه بل لانه المختلف فيه للامام الشافعى انه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأة أبى سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ولنا ما سبق ولا حجة له فى حديث هند لانه لم يكن قضاء بل فتوى واعانة الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة قال العينى ويحتمل ان أبا سفيان كان حاضرا فى غير ذلك المجلس انتهى واستشكله الشيخ شاهين بما سبق من عدم الفرق فى الغائب بين ان يكون غائبا عن مجلس الحكم حاضرا فى البلد او غائبا عن البلد الا ان يحمل على ما اذا أقر ثم غاب عن المجلس (قوله الا ان يحضر الخ) أفاد الاستثناء ان القاضى انما يحكم على الغائب والميت بحضرة وكيله او بحضرة وصيه لا على الوكيل والوصى در عن جامع الفصولين (قوله كالوكيل والوصى) أفاد بالكاف عدم الحصر فان أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين وكذا أحد شريكى الدين وأحد الموقوف عليهم لو الواقف واحدا بحر عن القنية وفيه عنها اقامت البينة على الوكيل فغاب وحضر موكله او على العكس اواقامت البينة على المورث فمات وحضر وارثه اواقامت على وارث فغاب وحضر وارث آخر فقى

ظاهرا) فتسلم المرأة الى الزوج يقول
سلمى نفسك البينة زوجتك (وباطنا)
فحل له وطؤها وعليها التمكين
فيما بينها وبين الله تعالى وعندهما
لا ينفذ باطنا وهو قول الشافعى
(لا فى الاملاك المرسلة) اى المطلقة
التى تثبت بدون اسبابها يعنى لو قضى
بشهادة زور فى الاملاك المرسلة اى
المطلقة لم ينفذ الا ظاهرا وفى الهبة
والصدقة روايتان عن ابى حنيفة
(ولا يقضى) القاضى (على غائب)
مطلقا وقال ابو يوسف ان انكر ثم غاب
يقضى وقال الشافعى يجوز القضاء
على الغائب بالبينة (الا ان يحضر
من يقوم مقامه كالوكيل) عن
الغائب (او الوصى) عنه (او يكون
ما يدعى على الغائب

هذه الصور يقضى على الذى حضر بتلك البينة اه (قوله سببا لما يدعى على الحاضر) ولو كان ما يدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر لا تقبل البينة اذا كان الغائب يتضرر بالشرط كما اذا ادعت انه علق طلاقها بطلاق فلان زوجته ثلاثا لم تقبل وان كان لا يتضرر تقبل كما اذا قالت علق طلاقى بدخول فلان الدار واقامت بينة انه دخل تقبل ومن المتأخرين من قال تقبل مطلقا منهم على البزدوى زيلعى فالمذهب ان القضاء على غائب بلا نائب لا يصح وعليه الفتوى كما فى المنية والبزازية ومجمع الفتاوى ورجح فى الفتح توقفه على امضاء قاض آخر لكن فى التنوير وشرحه ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ فى اظهر الروايتين عن اصحابنا ذكره منلا خسرو وفيه عن البحر والمعتمد ان القضاء على المسخر لا يجوز الا لضرورة وهى فى خمس مسائل حلف ليوفينه اليوم فتوارى الدائن اشترى بالخيار واراد الرد فى المدة فاختفى البائع كفل بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فدينه على الكفيل فغاب المكفول له جعل امرها بيدها ان لم تصل نفقتها غدا فتغيبت الخامسة اذا توارى الخصم فالمتأخرون على ان القاضى ينصب وكيلا فى الكل وهو قول الثانى خانية ونقل شارح الوهبانية عن شرح ادب القاضى انه قول الكل وان القاضى يختم مدة يراها ثم ينصب الوكيل انتهى وقوله حلف ليوفينه فتوارى الدائن صورها فى البحر بما اذا علق المديون العتق او الطلاق على عدم قضائه اليوم ثم تغيب الطالب فالقاضى ينصب وكيلا عنه لقبض الدين الخ لكن ذكر الشيخ شرف الدين الغزى انه لا حاجة الى نصب الوكيل لقبض الدين فانه اذا دفع الى القاضى بر فى يمينه على المختار المفتى به كما فى كثير من كتب المذهب المعتمدة حتى لو لم يكن ثمة قاض حنث على المفتى به انتهى قلت ولا يخفى ان الصورة الخامسة تصدق بما قبلها من الصور وبغيرها ايضا وحينئذ فلا معنى لحصر نصب المسخر فى عدد مخصوص (قوله كمن ادعى عينا الخ) اعلم ان مسائل هذا النوع اعنى ان يكون ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر كثيرة ذكر منها فى المجتبى تسعا وعشرين درهما ما ذكره فى البحر قذف محصنا فقال القاذف انا عبد فبرهن المقذوف ان مولاه اعتقه او ادعى المشهود عليه ان الشاهد عبد لفلان فبرهن المدعى ان المالك الغائب اعتقه تقبل ويقضى عليهما الخ وفى كون الغائب يقضى عليه فى هذه المسائل اشكال اذ قياس مسئلة دعوى المرأة على زوجها انه علق طلاقها على طلاق فلان زوجته عدم القضاء بجامع وجود الضرر فى كل ولهذا نقل فى البحر عن بشر المريسى وعن التحرير ايضا ان بعض العلماء ابوا انتصاب الحاضر خصما عن الغائب فى هذه المسائل وقالوا لا يقضى على الحاضر بشئ ما لم يحضر الغائب وهو القياس الظاهر الا انا نقول عامة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب فلو لم يجعل الحاضر خصما لادى الى ابطال حقوق الناس الخ (قوله ويقرض القاضى) اى استحبابا مال اليتيم من ملئ مؤتمن حيث لا وصى ولو منصوب القاضى لانه ممنوع من التصرف فى ماله مع وجود وصيه فى الصحيح ولم يجد من يقبله مضاربة ولا مستغلا يشتريه بحر عن جامع الفصولين وله اخذ المال من اب مسرف ووضعه على يد عدل بحر ايضا عن القنية وله اقراض اللقطة من الملتقط ومال الوقف والغائب وله بيع منقوله اذا خاف التلف ولم يعلم مكانه وان علم فلا وينبغى للقاضى ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام فان اختل حال احدهم اخذ منه المال لان القاضى وان كان قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر على الغنى الا ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له ان يتركه عنده انتهاء زيلعى (قوله ويكتب الصك) ندبا ليحفظه درر لانه لكثرة اشتغاله يخاف ان ينساه (قوله لا الوصى والاب) لانهما لا يقدران على استخلاصه عينى (قوله وعن ابى حنيفة الخ) قال شمس الائمة فى الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض وهل يقرض لنفسه قيل له ذلك وعن الحسن عن ابى حنيفة ليس له ذلك عينى (تتمة) ولا يبيع التركة المستغرقة بالدين القاضى لا الورثة لعدم ملكهم حيث كان الدين لغيرهم وفى الدر القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو امره السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ

فلا

سببا لما يدعى على الحاضر (كمن ادعى عينا فى يد غيره انه اشتراه من فلان الغائب) واقام البينة على ذى اليد وقضى به ثم حضر الغائب وانكر ذلك لا يلتفت الى انكاره (ويقرض مال اليتيم) ومال الغائب (و) اى (يكتب القاضى الصك) اى يكتب القرض واسم المستقرض اى قدر القرض وخلاله فى دوانه (لا الوصى) (و) لا (الاب) لا يقرض الوصى مال اليتيم حتى اذا اقرض ضمن الاب مال ولده وعن ابى حنيفة ان الاب كالقاضى

فلا تسمع بعدها الا بأمر الا فى الوقف والارث ووجود عذر شرعى امر السلطان انما ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا اشباه فلو أمر قضاته بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه قضاء الباشا وكتابه الى القاضى جائز ان لم يكن قاض مولى من السلطان القاضى بتأخير الحكم يأثم و يعزل و يعزر جامع الفصولين وفى الاشباه لا يجوز للقاضى تأخير الحكم بعد وجود شرائطه الا فى ثلاث لريبة ولرجاء صلح اقارب واذا استمهل المدعى لكن لا ينبغى له ان يباشر الصلح بنفسه بل يأمر به غيره لا يصح رجوعه عن قضائه الا فى ثلاث اذا قضى بعلمه او بخلاف مذهبه اوظهر خطأه فعل القاضى حكم فلو زوج اليتيمة من نفسه اوابنه لم يجز الا فى مسئلتين اذا اذن الولى للقاضى بتزويجها كان وكيلا واذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له اعطاء غيره امر القاضى حكم الا فى مسئلة الوقف المذكورة فأمره فتوى فلو صرف لغيره صح القضاء يحلف غريم الميت ولو اقر به المريض لا يقبل قول امين القاضى انه حلف المخدرة الا بشاهدين للسلطان مخالفة شرط الواقف لو غالبه قرى ومزارع و يعمل بأمره وان غاير الشرط ليس للقاضى البيع مع وجود اب اووصى ومتى باع فللقاضى نقضه لواصلح الخ وانظر ما المراد من قوله اذا اذن الولى للقاضى الخ هل المعنى اذنه بتزويجها من نفسه اوابنه بحيث انه لا يملك ذلك اذا اذنه بطلق التزويج ثم رأيت فى النهر قبيل المهر من الفصل عند قول المصنف وللوكيل ان يزوّج موكلته من نفسه مانصه قيدنا بكونه وكيلا فى هذا الخصوص اى خصوص تزويجها منه لانها لو وكلته ان يزوجها من رجل اوممن شاء لا يملك ان يزوجها من نفسه الخ فاستفيد منه ان المراد من قوله اذا اذن الولى للقاضى بتزويجها الخ يعنى اذنه بتزويجها من نفسه اوابنه ومنه يعلم ما فى عبارة الدر من الايهام واما قوله واذا اعطى فقيرا من وقف الفقراء كان له اعطاء غيره فالظاهر ان الاعطاء على معناه الحقيقى وأنه لا يمتنع على القاضى بعد ان اعطى لفقير شيئا من وقف الفقراء ان يأخذه من يده و يعطيه لغيره ولا يحمل على ان المراد من قوله واذا اعطى فقيرا الخ اى امر باعطائه لانه حينئذ يقع مكررا مع قوله امر القاضى حكم الا فى مسئلة الوقف المذكورة الخ ولان الحمل المذكور غير مناسب للمقام اذ الكلام اولا فى فعل القاضى لا فى امره

(باب التحكيم)

(باب التحكيم)
*يقال حكم اى فوض الحكم اليه المحكم
ادنى مرتبة من القاضى فلذلك ميزه
وأخره عنه بباب على حدة (احكما رجلا
ليحكم بينهما فحكم) ذلك الرجل
(ببينة او اقرار او نكول) عن اليمين

هو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من اهلها نزلت فى تحكيم الزوجين واما السنة فروى انه عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه اجماع الصحابة زيلعى بتقليل زيادة لشيخنا لكن نقل الحموى عن الفتح ان الاستدلال بقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله فيه نظر لانه ليس من هذا القبيل الخ واعلم انه يشترط فى المحكم والقاضى ان يكون كل منهما اهلا للقضاء وقت التولية والحكم بخلاف الشاهد فانه لا يشترط اهليته وقت تحمل الشهادة بل وقت الاداء فقط فلو حكما عبدا فعتق او صبيا فبلغ او ذميا فاسلم ثم حكم لا ينفذ كما فى التنوير لكن فى الدر عن سعدى افندى معزيا للمبتغى لو استقضى العبد ثم عتق فقضى صح انتهى قلت فعلى هذا انما تشترط الاهلية وقت القضاء فقط واذا لم تشترط الاهلية للقضاء وقت التقليد فعدم اشتراطها فى المحكم وقت التحكيم يكون بالاولى وقدمنا عن صدر الشريعة ان للمحكم الحبس (قوله حكم) بالتشديد أى فلانا بقرينة قوله اى فوض الحكم اليه حموى وهو فى اللغة جعل الحكم فى مالك لغيرك وعرفا تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر وشرطه من جهة المحكم بالكسر العقل والبلوغ لا الحرية والاسلام فيصح تحكيم ذمى ذميا ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء تنوير وشرحه (قوله بباب) متعلق بميزه لا بأخره حموى (قوله حكما رجلا) معلوما اذ لو حكما اول من يدخل المسجد لم يجز اجماعا كما فى الدر للجهالة والعطف

[illegible] قوله فحكم تفاق لا قيد حموى وافاد بقوله لوصلح قاضيا جواز تحكيم المرأة والفاسق لصلاحيتهما للقضاء ولو حكما رجلين فحكم احدهما لم يجز الا ان يتفقا على المحكوم به فلو اختلفا لم يجز بحر واعلم ان ظاهر كلام المصنف يفيد صحة التحكيم مطلقا وان لم يكن اهلا للقضاء وقته بان كان عبدا او كافرا ثم عتق او اسلم قبل حكمه فيوافق ما سبق عن المبتغى ولا ينافيه قول المصنف لوصلح قاضيا ولهذا جعل الشارح المستتر في قوله صح عائدا الى الحكم وفرع عليه فقال فلا يجوز حكم العبد الخ والا لقال ولا يجوز تحكيم العبد (قوله في غير حد وقود) لان تحكيمهما بمنزلة صلحهما ولا يملكان دمهما ولهذا لا يباح بالاباحة وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكمه عليها ولا على القاتل بالدية لمخالفة النص فكان باطلا لان الدية تجب على العاقلة لا القاتل زيلعي واراد بالنص قوله عليه السلام قوموا فدوه وما في الكتاب من منعه في القصاص هو قول الخصاف وهو الصحيح كما في الفتح وما في المحيط من جوازه فيه باعتبار انه من حقوق العباد ضعيف لان القصاص لم يتمحض حق العبد بل هو من قبيل ما اجتمع فيه الحقان وان كان الغالب حق العبد بدليل منع شهادة النساء فيه وكتاب القاضي الى القاضي وكذا ما اختاره السرخسي من جوازه في حد القذف ضعيف بالاولى لان الغالب فيه حق الله تعالى على الاصح ولم ار حكم التحكيم في اللعان مع انه يقام مقام الحد بحر واقول نقل حموى عن البرجندي ان المحكم ليس له ان يلاعن بين الزوجين بقي ان يقال مقتضى قول المصنف في غير حد وقود انه اذا حكم بفسخ اليمين المضافة ينفذ وبه صرح في البحر عن الولوالجية ونصه حكم المحكم بفسخ اليمين المضافة الصحيح انه ينفذ لانه فيما بينهما بمنزلة القاضي المولى وان كانا يفترقان في شيء آخر لكن هذا يعلم ولا يفتى به انتهى قال ومعنى قولهم لا يفتى به لا يجيب المفتي بالحل لا بالكتب ولا باللسان بل يسكت كما افاده في الفتاوى الصغرى بقوله نكتم هذا ولا نفتي به وظاهر الهداية ان معناه ان المفتي يجيب بعدم حله (قوله ورضيا) اى بحكمه احترازا عن الو حكماه مكرهين على ذلك وليس المراد رضاهما بحكمه حموى (قوله صح ذلك الحكم) لان لهما ولاية على انفسهما فيصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم في حقهما زيلعي (قوله ولكل الخ) لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل الحكم عيني وينفرد احدهما بنقض التحكيم بعد وقوعه [illegible] ينفرد احد العاقدين في مضاربة وشركة تنوير وشرحه وقوله بعد وقوعه اى بعد وقوع التحكيم قبل ان يصدر منه الحكم (قوله لزمهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا عيني واشار الى انه لا يتعدى حكمه الى غيرهما فلو حكماه في عيب مبيع فقضى برده ليس للبائع ان يرده على بائعه الا برضاه فتح (قوله امضى القاضي الخ) لانه لا فائدة في نقضه ثم فائدة هذا الامضاء ان لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه ولو اخبر هذا المحكم باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية عيني (قوله ولا) اى وان لم يوافق مذهبه بان حكم بقول ابي يوسف مثلا والقاضي يرى قول ابي حنيفة ابطله لانه حكم لم يصدر عن ولاية عامة قال المقدسي وقد يقال يكفي عدم العمل به حموى وقول المقدسي يكفي عدم العمل به اى فلا يشترط ان يقول القاضي ابطلت حكمه لانه اذا لم يعمل به وقضى برأيه تضمن ذلك ابطاله وان لم يصرح به واقول لا مانع من ان يكون المراد من قول المصنف والا ابطله اى لم يعمل به بان يحكم برأي نفسه (تتمة) المحكم كالقاضي الا في مسائل عد في البحر منها سبعة عشر منها لو ارتد انعزل فاذا اسلم احتاج لتحكيم جديد بخلاف القاضي در (قوله كحكم القاضي لهؤلاء المذكورين) الا اذا ورد عليه كتاب قاض لمن لا تقبل شهادته له فيجوز قضاؤه وحرر الشرنبلالي صحة قضاء القاضي لام امرأته ولابي امرأته ولو في حياة امرأته وابيه در

(مسائل شتى) اى متفرقة وهو جمع شتيت كجرحى وجريح وهو المتفرق وهو هنا مرفوع على الوصفية للمسائل فاذا قلت جاءني القوم شتى يكون نصبا على الحال اى متفرقين عيني (قوله لا ينقد) من وتد

يتد

(في غير حد وقود ودية على العاقلة) [illegible] بينهما ورضيا (صح) ذلك الحكم فلا يجوز حكم (لو صلح المحكم قاضيا) والكافر العبد والصبي والمجنون والفاسق وتحوها وانما والحدود [illegible] لانه لو قضى [illegible] العاقلة [illegible] اقر بالقتل [illegible] الدية على القاتل [illegible] عليه (ولكل [illegible] حكمه) [illegible] حكمه [illegible] (امضى القاضي) حكمه [illegible] القاضي [illegible] وابطل [illegible] ان وافق [illegible] المحكم [illegible] (كحكم القاضي) [illegible] اى حاكم [illegible] (مسائل شتى) من كتاب [illegible] القضاء اذا [illegible] لا يتد

يتدمن باب ضرب عيني وفي البحر عن المغرب وتد الوتد ضربه بالميتدة وفي البناية انه كالخازوق وهو القطعة من الخشب او الحديد يدق في الحائط يعلق عليه شئ (قوله ذو سفل) بكسر السين وضمها ضد العلو (قوله ولا ينقب كوة) بفتح الكاف او ضمها وبتشديد الواو وجمع المفتوح كوات والمضموم كوى بالمد والقصر والعلو بكسر العين وضمها مع سكون اللام وتستعار الكوى لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول (قوله بلا رضا صاحب العلو) لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن ولو انهدم السفل بلا صنع ربه لم يجبر على البناء لعدم التعدى ولذى العلو أن يبنى ثم يرجع بما انفق اذا بنى باذنه او اذن قاض والا فبقيمة البناء يوم بنى در لا يوم الرجوع بحر وله منعه من السكنى حتى يدفع زيلعى والسكنى مثال فكذا الاستغلال بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحد الشريكين بدون اذن الآخر لم يرجع بشئ لانه ليس بمضطر اذ يمكنه البناء فيما يخصه من العرصة بعد القسمة الا اذا كانت صغيرة لا ينتفع بها بعد القسمة فانه يرجع بالقيمة لكونه مضطرا حينئذ ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيمنع من ذلك وعليه الفتوى بزازية واختاره في العمادية وافتى به قارئ الهداية حتى يمنع الجار من فتح الطاقة استحسانا وظاهر الرواية عدم المنع مطلقا وبه افتى ظهير الدين وابن الشحنة ووالده ورجحه في الفتح وفي المجتبى وبه يفتى واعتمده المصنف ثم قال وقد اختلف الافتاء وينبغى ان يعول على ظاهر الرواية قلت وحيث تعارض متنه وشرحه فالعمل على المتون وبقى ما لو اشكل هل يضر ام لا وقد جزم في الاشباه بالمنع قياسا على مسئلة السفل والعلو انه لا يتد اذا ضر وكذا ان اشكل على المختار للفتوى كما في الخانية قال المحشى فكذا تصرفه في ملكه اذا ضر او اشكل يمنع وان لم يضر لم يمنع در (قوله وعندهما يصنع الخ) قيل ما حكى عنهما تفسير لقول ابى حنيفة على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر فلا ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه ويمنع والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه زيلعى ثم قال ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بئرا عند أبى حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر اذ هي وانما كان له ذلك عند أبى حنيفة وان تضرر صاحب العلو لانه تصرف في خالص حقه اذ لم يتعلق بالساحة حق صاحب العلو فظهر الفرق (قوله وعلى هذا الخلاف الخ) ظاهره ان الخلاف بين الامام وصاحبيه وليس كذلك وانما الخلاف بين المشايخ على قياس قول الامام وصاحبيه كما في الولوالجية حموى (قوله ان يبنى على علوه الخ) كأن يحدث كنيفا او يضع جذوعا (قوله لا يهدم بالطريق الاولى) ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجانى يتصرف فيه بعتق او نحوه زيلعى فالسفل كالرهن في يده ولا يشبه الحائط لان أرضه تقسم أما السفل فلا وسقف السفل بكلا لا بد لصاحب السفل ولصاحب العلو سكناه شيخنا عن منية المفتى وقوله ولا يشبه الحائط يعنى اذا انهدم الحائط المشترك فبناه أحدهما بدون اذن الآخر لم يكن له الرجوع عليه بشئ لان ارضه تقسم فلم يكن مضطرا بخلاف ما اذا انهدم السفل فبناه صاحب العلو بدون اذنه فانه يرجع بالقيمة لكونه مضطرا كما سبق (قوله زائغة مستطيلة) أى نافذة كانت او غير نافذة بخلاف الثانية فانه لا بد من تقييدها بكونها غير نافذة وقيل لا بد من تقييد الاولى بكونها غير نافذة أيضا ولكن اكثر الكتب على عدم تقييد الاولى به عينى (قوله اى سكة) الصواب ان يقال أى سكة مائلة حموى وأقول لا حاجة للتصويب اذ قول الشارح من زاغت الخ يفيده (قوله سميت بالزائغة لميلها الخ) فيه ايماء الى ما في البحر عن التهذيب من ان الزائغة هي الطريق الذى حاد عن الطريق الاعظم (قوله يتشعب) أى يتفرع

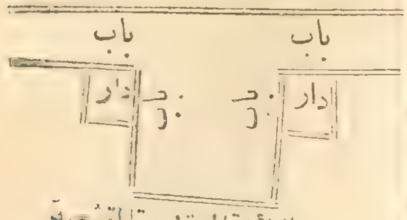
كما ذكره العيني فهو بالمثناة الفوقية (قوله لا يفتح الخ) لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص ألا ترى انه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى عيني أي لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة بحق الشركة في الطريق اذ لو كان جارا ملاصقا كان له الشفعة شرنبلالية (قوله أهل الاولى الخ) بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها بحر (قوله من فتح الباب) لان له رفع جداره كله فله رفع بعضه بحر (قوله والصحيح انه يمنع من الفتح) لانه بعد تركيب الباب يدعى حق المرور على طول الزمان فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به زيلعي (قوله بخلاف المستديرة) لانها كساحة مشتركة در وهذا اذا كانت المستديرة غير نافذة بدليل قول الشارح هذا اذا كان مثل نصف دائرة او اقل ولولاه لكان عدم التقييد بعدم النفاذ أولى وهذا هو السر في تقييد العيني تبعا للزيلعي المستديرة بعدم النفاذ لكن لم يذكر كل منهما ما ذكره الشارح أعني ما يترتب على التقييد بعدم النفاذ وهو قوله هذا اذا كان مثل نصف دائرة الخ بل اقتصرا على ذكر محترز القيد قالا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور انتهى مع ان جواز فتح الباب في النافذة يكون اولويا فصنيع الشارح متجه (قوله في الاولى يكون له فتح الباب دون الثانية) والفرق ان في الاولى تصير ساحة مشتركة بخلاف الثانية فانه اذا كان داخلها أوسع من مدخلها تصير موضعا آخر غير تابع للاول شيخنا عن صدر الشريعة (قوله وسلمها) تقييده بالتسليم للاحتراز عن دعوى الهبة المجردة عن التسليم فانها لا تسمع لعدم صحتها فلا يترتب عليها سؤال البينة لان الهبة من غير تسليم لا تفيد ثبوت الملك وأما دعوى الشراء بعد الهبة فانها مسموعة مطلقا سواء ادعاه بعد الهبة مع التسليم او بدونه حتى لو أقام البينة على الشراء قبلت ان أمكن التوفيق بجعل الشراء بعد وقت الهبة والا فلا لوجود التناقض بان ادعى الشراء بعد الهبة فشهد الشهود به قبلها والحاصل ان التقييد في كلام الشارح بالتسليم لا للاحتراز عن دعوى الشراء بعد ما ادعى الهبة بدون تسليم بل للاشارة الى ان دعوى الهبة انما تصح بحيث يترتب عليها طلب اقامة البينة اذا صحبها دعوى التسليم أيضا (قوله فحينئذ جحدنيها) لو حذفه لكان اولى اذ لا فرق في ذلك بين ان يقول جحدني الهبة اولا زيلعي (قوله قبل الوقت) قيد بذكر التاريخ فيهما لانه لو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما فقط يقبل لامكان التوفيق بان يجعل الشراء متأخرا قال في الدر والاكتفاء بامكان التوفيق مختار شيخ الاسلام من اقوال أربعة واختار الخجندي انه يكفي من المدعى عليه لا من المدعي لانه مستحق وذاك دافع والظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق بزازية انتهى (قوله لا يقبل) لوجود التناقض وعدم امكان التوفيق وهل يشترط كون الكلامين عند القاضي او الثاني فقط خلاف وينبغي ترجيح الثاني در عن البحر وفي البحر التناقض كما يمنع الدعوى لنفسه يمنع الدعوى لغيره ويرتفع التناقض بتصديق الخصم وبرجوع المتناقض عن الاول بان يقول تركته وأدعي بكذا وبتكذيب الحاكم كما اذا استحق المبيع من المشتري بالحكم يرجع على البائع بالثمن وان كان كل مشتر مقرا بالملك لبائعه لكن لما حكم ببرهان المستحق صار مكذبا شرعا وكما يكون التناقض من متكلم واحد يكون من متكلمين كمتكلم واحد حكما كوارث ومورث ووكيل وموكل والاولى في البزازية ولم أر الآن الثانية صريحا وفي ظاهرة عن الاولى الخ وفي هذا دلالة ظاهرة على ما نقله الشيخ حسن في رسالة الابراء عن فتاوى الشيخ الشلبي حيث حكى الاجماع على ان دعوى الوارث لا تسمع في شيء لا تسمع فيه دعوى مورثه ان لو كان حيا فادعى كما اذا أقر مورثه بقبض ما يخصه من التركة وابرأ ابراء عاما لا تسمع دعوى الوارث بعده الخ واذا عرف هذا في الابراء فكذا في غيره من بقية الموانع كما لو ترك الدعوى في حق لا من جهة الارث حتى مضى خمسة عشر سنة فمات لا تسمع دعوى وارثه فقولهم لا تسمع الدعوى بعد خمسة عشر سنة الا في الارث يحمل على ما اذا لم تمض الخمسة عشر سنة قبل موت مورثه (قوله للبائع ان يطأها) لان المشتري لما جحد الشراء كان ذلك فسخا

منه

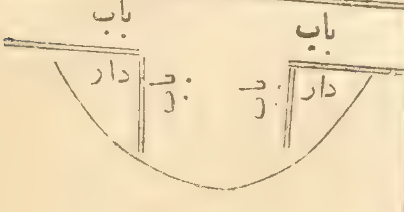
(لا يفتح اهل) الزائغة (الاولى) من (فيه) اي في الزائغة حائط دارهم (بابا) قبل المنع من المرور المتشعبة لا من فتح الباب والصحيح انه يمنع من الفتح ثم هذا اذا فتح بابا للمرور واما اذا فتح للاستضاءة او الريح لا يمنع واعلم ان الزائغة صورته هكذا ٣ وانما قيد بقوله غير نافذة لان المتشعبة لو كانت نافذة لا يمنع اهل الزائغة الاولى (بخلاف المستديرة) اي ان كانت الزائغة الثانية مستديرة قد اتصل طرفاها بالمستطيلة يجوز ان يفتح بابا في اي موضع شاء هذا اذا كانت مثل نصف دائرة او اقل حتى لو كانت اكبر من ذلك لا يفتح فيها فالتصور صورتين في الاولى يكون له فتح الباب دون الثانية (ادعى دارا في يد رجل انه) اي ذا اليد (وهبها له) وسلمها اليه (في وقت) معين كرمضان وقبضها (فسئل البينة) يعني طلب القاضي البينة من المدعي على دعواه لنفسه هذه (فقال) المدعي لم تكن لي بينة في حق الهبة ولكن لي بينة على الشراء منه وذلك لاني طالبت المدعى عليه هذا بان اتصرف في هذه الدار لانها ملكي بطريق الهبة والتسليم منه فحينئذ (جحدنيها) المدعى عليه فاضطررت الى شراء الدار هذه منه (فاشتريتها) من الواهب (وبرهن على الشراء قبل الوقت) الذي يدعي فيه الهبة كشعبان (لا يقبل) البرهان ولا يقضى له (وبعده) كشوال (يقبل) ويقضى له (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الامة) بألف درهم (فانكر) الآخر وقال ما اشتريت (للبائع ان يطأها)

منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار العقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهة فاذا ساعد البائع ترك الخصومة واقترن تركه بفعل يدل على الرضاء بالفسخ كامساكها ونقلها الى منزله تم الفسخ فحل له وطؤها يعنى بعد الاستبراء ان كانت فى يد المشترى حموى عن الشلبى بحثا وله ان يردها على بائعه ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى حتى اذا أقام المشترى بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل بينته وفى النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشترى ليس له ان يردها على بائعها لانه غير مضطر فى فسخ البيع الثانى لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث والاشبه ان يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغى ان يرده مطلقا أى ولو قبل تحليفه لانه فسخ من كل وجه فى غير العقار فلا يمكن حمله على البيع زيلعى ودر واعلم ان التقييد بالظرف فى قوله ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك يحترز به عما لو كان له علم بالعيب قبل بيعها من المشترى الذى جحد الشراء حيث لا يكون له ردها بالعيب بعده لان اقدامه على بيعها بعد العلم به امارة الرضاء به وبهذا التقدير تعلم ما فى كلام بعضهم حيث اقتصر على قوله وللبائع ردها بالعيب القديم بعد ذلك ولم يقيد بقوله ان وجد بها عيبا قديما بعد ذلك فأوهم ان له الرد بالعيب سواء علم به قبل بيعها من المشترى الذى جحد الشراء او بعده وليس كذلك (قوله ان ترك الخصومة) اختلف فى معنى ترك الخصومة فقيل يكتفى بالقلب وقيل يشهد بلسانه على ما فى قلبه ذكرهما فى المحيط بحر (قوله ثم ادّعى انها زيوف الخ) عبر بثم الدالة على التراخى وعدم الوصل ليعلم الحكم فى الوصل بالاولى لانه اذا صدق فى المفصول ففى الموصول بالاولى (قوله او نبهرجة) صوابه بنهرجة بتقديم الباء على النون كما يستفاد من المغرب حموى (قوله صدق مع يمينه) سواء قال ذلك موصولا او مفصولا زيلعى معللا بان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة ولهذا لو تجوز بهما فى الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق فى انكاره قبض حقه مع يمينه انتهى (قوله لانه لو قال ستوقة لا يصدق) مفصولا وأما موصولا يصدق فى الكل فالتفصيل فى المفصول فقط كما فى البحر خلافا لما يظهر من اطلاق كلام الشارح وانما لا يصدق اذا ادعى انها ستوقة مفصولا لان اسم الدراهم لا يقع عليها حتى لا يجوز التجوز بها لغلبة الغش عليها وقيل هى صفر مموهة بخلاف الزيوف والنبهرجة والزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار وقيل الزيوف هى المغشوشة والنبهرجة هى التى تضرب فى غير دار السلطان زيلعى فعلى كل قول لم يعتبر فى الزيوف والنبهرجة غلبة الغش كما اعتبر ذلك فى الستوقة وهى بفتح السين كما فى الفتح ونقل الشيخ شاهين عن شرح المجمع جواز الضم أيضا (قوله ولو أقر بقبض الجياد أو بقبض حقه الخ) ظاهره انه لا يصدق اذا ادعى انها زيوف أو نبهرجة مطلقا مفصولا كان او موصولا وهو مسلم بالنسبة لما لو أقر بقبض الجياد وكذا لا يصدق أيضا فى اقراره بقبض حقه أو بالاستيفاء أو بقبض الثمن فى المفصول فقط كما فى الزيلعى ونصه ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق فى دعواه زيوفا مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما اذا أقر انه قبض الثمن او حقه أو استوفى ثم ادعى انها زيوف ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وان كان موصولا يصدق ووجه الفرق ما نقله شيخنا عن الفتح ان قوله قبضت مالى عليه أو حقى اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة جيادا بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى الكل من الكل فى حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان كان موصولا انتهى ووقع للعينى من الخلل نظير ما وقع للشارح فليتنبه له (قوله فلا شئ عليه) لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثانى دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فيبقى على حاله فيعمل فيه التصديق اما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا زيلعى

٣ صورة الزائغة المستطيلة المشعبة



صورة الزائغة المستديرة المشعبة



قوله صوابه الخ الذى فى القاموس انه بتقديم النون

ان ترك) البائع (الخصومة ومن اقر بقبض عشرة) من فلان (ثم ادعى انها زيوف) او نبهرجة (صدق) مع يمينه وانما قيد به لانه لو قال انها ستوقة لا يصدق ولو أقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بالاستيفاء ثم ادّعى انها زيوف او نبهرجة لا يصدق (ومن قال لآخر لك على الف فردّه) بان قال المقر له لا شئ لى عليك (ثم صدقه فلا شئ عليه) اى على المقر ما لم يثبت بالبينة او بالاقرار بعد الرد (ومن ادعى على آخر مالا فقال) المدعى عليه (ما كان لك على شئ قط فبرهن المدعى على الف وهو) اى المدعى عليه

قيد بكون التصديق بعد الرد لانه لو قبل الاقرار اولا ثم رده لم يرتد وكذا الابراء عن الدين وهبته لانه بالقبول قد تم وكذا اذا وقف على رجل فقبله ثم رده لم يرتد وان رده قبل القبول ارتد كما في الاسعاف وقيد بالاقرار بالمال احترازا عن الاقرار بالرق والطلاق والعتاق والنسب والولاء لانها لا ترتد بالرد بحر عن البزازية وشرح المجمع وفيه عن القنية كل شئ يكون لهما جميعا اذا رجع المنكر الى التصديق قبل ان يصدقه الآخر على انكاره فهو جائز كالبيع والنكاح وكل شئ يكون فيه الحق لواحد كالهبة والصدقة والاقرار لا ينفعه اقراره بعده انتهى وكان الظاهر أن يقول لا ينفعه رجوعه الى التصديق (قوله برهن على القضاء الخ) اطلقه فشمل ما اذا قضى بالمال ثم ادعى الايفاء كما في الملتقط فالدفع بعد القضاء صحيح الا في المسئلة الخمسة كما سيأتي وقيد بدعوى الايفاء بعد الانكار اذ لو ادعاه بعد الاقرار بالدين فان كان كلا القولين في مجلس واحد لم يقبل للتناقض وان تفرقا عن المجلس ثم ادعاه واقام البينة على الايفاء بعد الاقرار يقبل لعدم التناقض بحر عن خزانة المفتي (قوله وعند زفر لا يقبل) لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد انكره فيكون متناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضى بباطل واشار المصنف الى انه لو ادعى القصاص على آخر فانكر فبرهن المدعى ثم برهن المدعى عليه على العفو او الصلح عنه على مال يقبل وكذا في دعوى الرق كما في الزيلعي يعني ادعى الرق فانكر المدعى عليه فبرهن المدعى انه رقيقه وبرهن بعده المدعى عليه على الصلح عن دعواه الرق أو على انه اعتقه شيخنا (قوله ولو زاد ولا أعرفك لا يقبل) ومثله ما رأيتك در لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين معاملة من غير أن يعرف أحدهما الآخر عيني (قوله وذكر القدوري الخ) لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق فعلى هذا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته ولو قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك تقبل بينته لان التناقض من المدعى عليه لا يمنع صحة الاقرار من المدعى زيلعي بقليل زيادة لشيخنا بخطه والشغب بالتسكين وبحرك وقيل لا يحرك انتهى (قوله وقيل تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل) قائله الكافي كما ذكره العيني وقوله في هذا الفصل اى فصل المحتجب والمخدرة (قوله باتفاق الروايات) لان تحقق الابراء لا يتوقف على المعرفة بحر (قوله من المدعى عليه) كذا في النسخ وقد ضرب ابن المؤلف على هذه الكلمة أعنى كلمة عليه قال السيد الحموي والذي يظهر انه لا صحة لها كما هو ظاهر (قوله لم تقبل بينة البائع) لان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضي وجود العقد وقد أنكره فيكون مناقضا عيني (قوله وعند أبي يوسف يقبل) الذي في العيني والزيلعي وعن أبي يوسف يقبل لان التوفيق ممكن بأن لم يكن باعها هو وانما باعها امنه وكيله وابرأه عن العيب الخ (قوله ويبطل الصك بان شاء الله) أى يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب في آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل زيلعي لان الصك بمنزلة الكلام باعتبار كونه حكاية للكلام وقع شيخنا (قوله يبطل الذكر كله قياسا) لان الكل كشئ واحد بحكم العطف وظاهره ان القياس هنا راجح على الاستحسان لمشى المصنف عليه وذكر في الفتح ان الاستحسان هنا راجح على القياس حموي والذكر بمعنى المذكور فهو مصدر أريد منه اسم مفعول (قوله حتى يفسد الشراء والخلاص) فيه ان ضمان الخلاص باطل بدون قوله ان شاء الله وانما ذكره ليفيد ان الاستثناء ينصرف الى الكل وان كان فاسدا فكيف اذا كان صحيحا بحر وأجاب شيخنا بأنه ليس المراد من الخلاص خلاص المبيع وانما المراد به ضمان الدرك فمعنى فعليه خلاصه أى خلاص ثمنه من البائع اذا استحق المبيع ومثل ما في الشرح في الزيلعي والعيني (قوله وعندهما الشراء جائز) اذ الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل يكون مبطلا فيكون ضد ما قصده فينصرف الى ما يليه ضرورة عيني واتفقوا ان الفرجة كفاصل

السكوت

(برهن على القضاء) بالالف (او
الابراء قبل) برهانه وعند زفر
لا يقبل (ولو قال) المدعى عليه على ذلك
ما كان لك على شئ
قوله ... قبل ذكر
(ولا اعرفك لا) تقبل هذه البينة
القدوري عن ... اتفاقا ولو قبل
ان بينته على الابراء في ...
تقبل البينة ... الروايات ومن ادعى
الفصل باتفاق ... امته (ثم) من المدعى
على آخر انه باعه ... (ثم) ادعى البائع
عليه (فقال) المدعى (على الشراء
منه فبرهن) ... باعها كالاصبع
زوجها) المشترى ... (فبرهن البائع
انه) أى المشترى (برئ اليه) أى البائع
(من كل عيبه لم تقبل) بينة البائع
وعنده ... وعند أبي يوسف تقبل
(ويبطل الصك ان شاء الله) واطلا
آخره لا لجملة حتى اذا كتب صك
الشراء وكتب في أسفله وما أدرك فلانا
من درك فعلى فلان خلاص ذلك
وتسليمه ان شاء الله يبطل الذكر كله
حتى يفسد الشراء والخلاص عنده
وعندهما الشراء جائز وقوله ان شاء
الله ينصرف الى قوله فعلى فلان
الخلاص استحسانا (وان مات ذمي
فقالت زوجته اسلمت بعد موته) ولى
الميراث (وقالت الورثة اسلمت قبل
موته) ولا ميراث لك

السكوت وعلى انصرافه للكل فى جمل عطفت بواو وعقبت بشرط والحاصل كما فى البحر انهم اتفقوا على ان المشيئة اذا ذكرت بعد جمل متعاطفة بالواو كقوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله الحرام ان شاء الله ينصرف الى الكل فنفى أبو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صورة كتب الصك من عمومه بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة للعادة ولهذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله كذا فى الفتح وظاهره ان الشرط ينصرف الى الجميع وان لم يكن بالمشيئة وفى وكالة البزازية وعن الثانى قال امرأة زيد طالق وعبده حر وعليه المشى الى بيت الله ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان لكله لان الجواب يتضمن اعادة ما فى السؤال انتهى وأما الاستثناء بالا أو احدى أخواتها فينصرف الى الاخير كما علم فى آية رد شهادة المحدود فى القذف فلو اقر لاثنين بمالين واستثنى شيئا كان من الاخير الا بقرينة كما لو اقر بمالين كمائة درهم وخمسين دينارا الا درهما انصرف الى الاول استحسانا واما الاستثناء بان شاء الله بعد جملتين ايقاعيتين فالهما اتفاقا و بعد طلاقين معلقين أو طلاق معلق وعتق معلق فالهما عند محمد وعند أبى يوسف الى الاخير واتفقوا على انصرافه الى الاخير فى غير العطف وفى المعطوف بعد السكوت كما فى ايضاح الكرمانى وفيه من الايمان اذا عطف على يمينه فيما فيه تشديد على نفسه صح فلو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وسكت ثم قال وهذه الاخرى دخلت الثانية فى اليمين بخلاف وهذه الدار الاخرى ولو قال هذه طالق ثم سكت وقال وهذه طلقت الثانية وكذا فى العتق انتهى شيخنا (قوله فالقول لهم) ولا يمين عليهم الا اذا ادعت عليهم بكفرها بعد موته فيحلفون على نفى العلم حموى وانما كان القول لهم لان سبب الحرمان ثابت للحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال وقيد بما ذكر لان امرأة الميت المسلمة لو قالت مات زوجى وهو مسلم وهذه داره ميراث لى ولو قال ولده وهم كفار مات كافرا وصدق اخو الميت المرأة وهو مسلم قال فى الخزانة قضيت للمرأة وللاخ دون الولد وفيها لو مات رجل وأبواه ذميان فقالا مات ابننا كافرا وقال ولده المسلمون مات مسلما فميراثه للولد دون الابوين انتهى وحاصله انهم اذا اختلفوا فى موت الميت على الاسلام أو الكفر فالقول لمن يدعى انه مات على الاسلام فعلى هذا لا يحتاج الى تصديق الآخر ويكفى دعوى المرأة انه مات مسلما والا فما الفرق بحر (قوله وعند زفر القول لها) لان اسلامها من الحوادث والاصل فيها اضافتها الى أقرب الاوقات وهو ما بعد الموت واشار بكون الزوج ذميا الى انه لو مات مسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهى محتاجة اليه أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا بحر عن الهداية وفيه عن خزانة الاكمل مات ذمى وله ابنان أحدهما مسلم فبرهن على ان اباه مات مسلما والآخر على انه مات كافرا قضى بالميراث للمسلم وان كان شهوده من اهل الذمة وشهود الكافر من المسلمين الخ (قوله دفع المال اليه) اى وجوبا لاقراره ان ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت قيد باقراره بالبنوة لانه لو قال هذا اخوه شقيقه ولا وارث له غيره وهو يدعيه فالقاضى يتأنى فى ذلك والفرق ان استحقاق الاخ مشروط بعدم الابن بخلاف الابن فانه وارث على كل حال فالبنت والاب والام كالابن وكل من يرث فى حال دون حال فهو كالاخ وقيد بقوله لا وارث له غيره لانه لو قال له وارث غيره ولا ادرى امات اولا لا يدفع اليه شئ لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره وأشار بالوديعة الى ان المديون اذا قال هذا ابن دائنى فانه يؤمر بالدفع اليه بالاولى وقيدنا بالوارث احترازا عما اذا اقر انه وصيه او وكيله او المشترى منه فانه لا يدفعها اليه لما فيه من ابطال حق المودع فى العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك ولا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف ما اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه اذ الديون تقضى بأمثالها فلو دفع الى الوكيل فى الوديعة قيل لا يستردها لكونه ساعيا فى نقض ما أوجبه وكان ينبغى أن يستردها لبطلان اقراره فى حق المالك والحفظ واجب عليه فكان بالدفع متعديا ولهذا ضمن

(فالقول لهم) ولاترث الزوجة وعند زفر القول لها (وان قال المودع الرجل هذا ابن مودعى ولا وارث له غيره دفع المال اليه) أى يأمر القاضى بدفعه اليه

اذا انكر المالك التوكيل والعارية والعين المغصوبة كالوديعة بحر (قوله وان قال لآخر هذا ابنه أيضا الخ) سواء كان ذلك متصلا أو منفصلا حموى (قوله قضى للاول) لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال ويضمن المودع نصيب الآخر اذا دفع الى المقر له اولا بغير قضاء كذا فى الزيلعى وهو الصواب كما فى البحر عن الفتح قال قيد باقراره بالولد لانه لو اقر المودع بها لرجل ثم قال لا بل وديعة فلان او قال غصبت هذا من فلان لا بل فلان وكذا العارية فانه يقضى به للاول ويضمن للثانى قيمته وكذا الاقرار بالدين الخ ولما كان الضمان فى الجانب الاول مقيدا بما اذا كان الدفع للمقر له بغير القضاء كما ذكره الزيلعى بخلاف ما بعده فان الضمان فيه مطلق عن هذا القيد استقام قوله فى البحر قيد باقراره بالولد الخ (قوله وبين الورثة) يشير الى ان المصنف قد حذف من الاول لدلالة الثانى وهو ما سيأتى من قوله ولا من وارث (قوله لا يكفل منهم ولا من وارث) لان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم وللقاضى ان يحتاط ويتلوم ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه انه لا وارث له غيره ولا غريم وقدر مدته مفوض الى رأى القاضى وقدره الطحاوى بالحول زيلعى والمراد بالتلوم تأخير القضاء الى المدة المذكورة بحر عن غاية البيان (قوله وهو شئ الخ) أى التكفيل المفهوم من قوله لا يكفل حموى (قوله احتاط به بعض القضاة) يعنى عبد الرحمن بن ابى ليلى قاضى الكوفة (قوله وهو ظلم) ليس المراد انه اثم به بل معناه انه يأخذ الكفيل وضعه فى غير موضعه كذا بخط شيخنا وفى الزيلعى وقوله ظلم اى ميل عن سواء السبيل (قوله وقالا يأخذ الكفيل) لاحتمال ان يكون له وارث آخر او غريم آخر وللامام ما سبق من أن حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم ولان المكفول له مجهول وما فى العينى من قوله وله ان حق الظاهر ثابت صوابه حق الحاضر قال فى البحر ولم ار ان الكفالة على قولهما هل هى بالمال أو بالنفس قال شيخنا قال فى الدر راى لم يؤخذ منهم كفيل بالنفس عند الامام وقالا يؤخذ فهذا ظاهر فى انه على قولهما يؤخذ كفيل بالنفس ثم رأيته لتاج الشريعة (قوله اذا ثبت الدين للغرماء) يعنى بالبينة لا بالاقرار بقرينة ما سيأتى قريبا حموى (قوله أو ثبت الارث) الصواب وثبت بالواو حموى (قوله بالشهادة) تنازعه ثبت الدين للغرماء وثبت الارث (قوله ولو ادعى دارا الخ) قيد بالعقار لان المنقول يوضع عند عدل الى حضور صاحبه وقيل هو كالعقار لا يؤخذ منه ولا شك انه على قولهما يؤخذ منه ويوضع على يد عدل وأجمعوا انه لا يؤخذ لو مقرا بحر عن جامع الفصولين قال شيخنا فتأمل عبارة الشرح آخرا ولعله من الناسخ (قوله أى على انه مات الخ) الاولى ان يقال أى على الارث حموى (قوله ولا وارث له غيرهما) ليس بشهادة وانما يراد به طمأنينة القلب زيلعى وفى المبسوط برهن احد الزوجين ولم يقل انه لا وارث له غيره يعطى اكثر النصيبين عندهما وهو الصحيح وعند أبى يوسف اقلهما حموى بقى ان يقال ما سبق عن الزيلعى من ان قول الشهود لا وارث له غيرهم ليس بشهادة الخ يقتضى ان ذكره ليس بشرط وكذا ما نقله الحموى عن المبسوط من قوله برهن احد الزوجين ولم يقل الخ لكن نقل شيخنا عن الخانية انه شرط اى لوجوب القضاء على القاضى على الفور اذا عدلت الشهود انتهى (قوله اخذ نصف المدّعى فقط) لان الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى ان يتعرض لودائع الناس وبجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى عليه وفى قوله أخذ نصف المدّعى اشارتان الاولى ما ذكره الشارح من انه لا يؤخذ من ذى اليد كفيل لان القاضى نصب لقطع الخصومات لا لانشائها الثانية ان الحاضر يأخذ النصف مشاعا غير مقسوم بحر عن فصول العمادى (قوله ولا يستوثق من صاحب اليد بكفيل) مطلقا يعنى سواء كان ذو اليد منكرا او مقرا وعلى هذا فالاطلاق فى مقابلة قولهما لكن جعله فى مقابلة قولهما يقتضى انهما يقولان اذا كان ذو اليد منكرا يؤخذ الكفيل وليس كذلك كيف وقد قال الشارح وانما الخلاف فى اخذ النصف الباقى الخ وعلى هذا فالصواب اسقاط لفظ الاطلاق كذا ذكره الحموى بناء على ما فهمه من ان مطلقا يتعلق بقوله ولا يستوثق من صاحب اليد بكفيل واما على ما ذكره شيخنا من انه يتعلق بقوله

(وان قال لآخر هذا ابنه أيضا
وكذبه) الابن (الاول) وقال ليس
لوالدى ابن آخر (قضى للاول)
لا للآخر (ميراث قسم بين الغرماء)
وبين الورثة (لا يكفل منهم ولا من
وارث) وهو شئ احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم عند أبى حنيفة وقالا يأخذ
الكفيل من الغريم والوارث والمسئلة
فيما اذا ثبت الدين للغرماء وقضى
القاضى بديونهم واحتمل أن يكون
على الميت دين غيره أو ثبت الارث
بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له
وارثا غيرهم حتى لو ثبت الدين والارث
بالاقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق ولو
قالوا لا نعلم له وارثا غيره لا يؤخذ منهم
كفيل بالاتفاق سواء كان وارثا
يحجب حجب حرمان أولا (ولو ادعى دارا
لنفسه ولأخ غائب وبرهن عليه) أى
على انه مات أبوه وترك الدار ميراثا بينه
وبين أخيه فلان الغائب ولا وارث
له غيرهما (أخذ نصف المدعى فقط)
وترك النصف الآخر فى يد الذى هو
فى يده ولا يستوثق من صاحب اليد
بكفيل مطلقا عند أبى حنيفة
وعندهما ان كان ذو اليد منكرا لذلك
أخرج نصيب الغائب من يده ووضع
فى يد عدل حتى يقدم الغائب والا
ترك النصف فى يده حتى يقدم الآخر

وترك النصف الآخر في يد الذي هو في يده فلا يرد ما ذكره (قوله وانما الخلاف الخ) اى في أخذ الكفيل من ذي اليد بحصة الغائب وعدمه (قوله فيسلم النصف اليه بذلك القضاء) لان احد الورثة ينتصب خصما عن بقيتهم فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام سائر الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبا لهم أيضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاء على جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا كذا في الزيلعي وقوله مطلقا أى سواء كان في يد الوارث المدعى عليه عين تركة ام لا قال شيخنا وهذا صريح في ان اشتراط كون العين في يد الوارث ليتعدى القضاء عليه الى بقية الورثة يختص بهذه الصورة اعني ما اذا كان الوارث مدعى عليه واما اذا كان هو المدعى ارث العين على ذي اليد فان اثبت كان القضاء بالارث له وللبقية من الورثة اذا ادعى العين ارثا له ولهم واذا لم يثبت ودفع المدعى عليه دعوى المدعى بأن مورثك باعها مني واثبت الشراء فقد اندفع دعوى الارث في حق الحاضر والغائب انتهى والحاصل ان ما في الفتح من الفرق بين دعوى الدين والعين من حيث انه يشترط في دعوى العين كونها في يد المدعى عليه بخلافه في دعوى الدين حيث لا يشترط كون الوارث المدعى عليه في يده عين تركة هو الحق وظاهر ما في الهداية والنهاية والعناية انه لا بد من كون عين التركة كلها في يده في دعوى الدين أيضا بحر ووجه الفرق بين العين والدين ان حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف مدعى العين شيخنا (تنبيهات) الاول انما ينتصب الحاضر الذي العين في يده خصما عن الباقي اذا لم تقسم بين الحاضر والغائب فان قسمت واودع الغائب نصيبه عند الحاضر كانت كسائر امواله فلا ينتصب الحاضر خصما عنه ذكره العتابي وفي البحر عن جامع الفصولين ما يخالفه حيث قال لو اودع نصيبه من عين عند وارث آخر فادعى رجل هذه العين ينتصب هذا الوارث خصما عن الباقين لو كان العين بيده بخلاف الاجنبي انتهى الثاني انما لا تسمع دعوى الغائب اذا حضر بشرط ان يصدق ان العين ميراث بينه وبين الحاضر اما لو انكر الارث وادعى الشراء او الارث من رجل آخر لا يكون القضاء على الحاضر قضاء عليه فتسمع دعواه وتقبل بينته كما في الفصول الثالث ان يدعى الجميع فلو ادعى حصته فقط وقضى بها لا يثبت حق الباقين الرابع اذا كان الورثة كبارا غيبا وصغيرا نصب القاضي وكيلا عن الصغير لسماع دعوى الدين على الميت والقضاء على هذا الوكيل قضاء على الجميع الخامس اذا اثبت المدعى دينه على بعض الورثة وفي يده حصته فانه يستوفي جميع دينه مما في يد الحاضر ثم يرجع الحاضر على الغائب بحصته كما في خزانة المفتين السادس لو لم يكن للميت وارث فجاء مدع لدين على الميت نصب القاضي وكيلا للدعوى كما في ادب القضاء للخصاف وظاهره ان وكيل بيت المال ليس بخصم بحر وقوله فادعى رجل هذه العين أى ادعى على احد الورثة المودع عنده نصيب وارث آخر وقوله بخلاف الاجنبي اى غير الوارث تكون العين في يده فيدعى عليه فلا يتعدى القضاء عليه الى غيره بأن تكون شركة بينه وبين غيره فلا يكون الشريك الغائب مقضيا عليه شيخنا (قوله فقيل يؤخذ الكفيل منه اتفاقا) الصواب حذف لفظة الكفيل والاقتصار على قوله يؤخذ أى ينزع منه حصة الغائب ويدفع الى عدل اتفاقا كما سبق لاحتياج المنقول الى الحفظ والنزع من يده أبلغ في الحفظ لئلا يتلفه لان الجاحد خائن فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا بخلاف ما اذا كان عقارا لان النظر في تركه في يده متعين اما العقار فمحصن بنفسه (قوله وقيل المنقول على الخلاف أيضا) وقول أبي حنيفة فيه اظهر لانه مضمون عليه ولو أخذ ودفع الى أمين القاضي كان امانة فكان

وانما الخلاف في أخذ النصف الباقي
الخ الغائب وتركه في يد صاحب
اليد وقيل الاختلاف في جواز القضاء
بنصفها للغائب فعندهما يقضى به له
وعنده لا يقضى به للغائب وقيل
لا خلاف في انه يقضى للغائب لكن
الخلاف في النزع من يده والترك فيها
كذا في الاصيل واذا حضر الغائب
لا يحتاج الى اقامة البينة في الصحيح
فيسلم النصف اليه بذلك القضاء ولو
قيد بالدار لانه لو كانت الدعوى في
منقول فقيل يؤخذ الكفيل منه
اتفاقا وقيل المنقول على الخلاف أيضا
(ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين
صدقة

الترك ابعد من التوى زيلعى وانما كان مضمونا عليه بجحوده (قوله فهو يقع على مال الزكاة) فخرج
رقيق الخدمة ودور السكنى واثاث المنازل وما كان من الحوائج الاصلية قيد بالتنجيز لانه لو كان معلقا نحو
قوله مالى صدقة فى المساكين ان فعلت كذا دخل المال القائم عند اليمين والحادث بعده بحر وقوله
والحادث بعده ظاهره ولو بعد وجود الشرط لكن ذكر الابيارى مانصه لو علقه بشرط دخل المال
الموجود عند اليمين والحادث بعده الى وجود الشرط انتهى (قوله سواء بلغ النصاب اولا) وسواء كان
عليه دين مستغرق اولم يكن لان المعتبر جنس ماتجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها زيلعى قال فى البحر
فان قضى دينه لزمه ان يتصدق بقدره (قوله والقياس ان يلزمه التصدق بالكل) لان اسم المال
يتناول الكل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله ومطلق المال فى باب الصدقات
منصرف الى البعض كما فى قوله تعالى وفى اموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة فكذا
مايوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والارث يجرى فى جميع الاموال زيلعى (قوله
وفى رواية لو قال ماامك الخ) اختاره فى المجمع بحر (قوله يتناول كل المال) لان الملك اعم من المال
الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال
لا يطلق على ماليس بمال زيلعى (قوله والصحيح انهما سواء) لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون
النص الوارد فى أحدهما واردا فى الآخر زيلعى وذكر الاسبيجابى ان الفرق بين المال والملك قول
أبى يوسف وأبو حنيفة لم يفرق بينهما واختاره الطحاوى فى مختصره بحر (قوله وقال مالك الخ) وقال
الشافعى ان علقه بشرط المنع كان يمينا فاذا حنث فعليه كفارة عينى بان قال ان لم يقدم غائبى فمالى
فى المساكين صدقة فمات قبل قدومه شيخنا (قوله ارض العشر) لانها سبب الصدقة الا ترى ان
مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة زيلعى (قوله خلافا لمحمد) لانها سبب المؤنة ولهذا
يجب فى ارض الصبى والمكاتب وفى ارض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر
فى النهاية قول ابى حنيفة مع قول محمد زيلعى (قوله ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع) لانها تمحضت
مؤنة زيلعى (قوله ولم يبين فى المبسوط) يعنى الامام محمدا شيخنا عن العناية (قوله يرجع اليه ماله)
الظاهر ان يقال كما فى البحر وغيره يجد له مال مثله (تنبيه) لو قال ان فعلت كذا فما املكه صدقة
فحيلته ان يبيع ملكه من رجل بثوب فى منديل ويقبضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم يرده بخيار الرؤية
فلا يلزمه شئ قال العلامة المقدسى ومنه يعلم ان المعتبر الملك حين الحنث لا حين الحلف حموى ولو قال الف
درهم من مالى صدقة ان فعلت كذا ففعله وهو يملك اقل لزمه بقدر مايملك ولو لم يكن له شئ لا يجب شئ
درعن البحر (قوله فهو على كل شئ) لان الوصية اخت الميراث وهو يجرى فى كل شئ كما سبق (قوله
فهو وصى) اشار بقوله فهو وصى الى انه لا يتمكن من اخراج نفسه عن الوصاية بشرط ان يتصرف من
بيع اوغيره ليكون ذلك قبولا والا فله اخراج نفسه وعلى هذا فقد ترك المصنف قيدا لا بد منه ولهذا
قال فى الهداية ومن اوصى اليه ولم يعلم فتصرف فهو وصى وان لم يتصرف فليس بوصى لعدم القبول بحر
والحاصل انه بعد التصرف لا يملك اخراج نفسه وكذا لا يملك اخراج نفسه بعدما قبل ولو قبل التصرف
وليس المراد ان وجود التصرف منه شرط لصيرورته وصيا (قوله وعند ابى يوسف الخ) عبارة الزيلعى
وعن ابى يوسف لا يجوز فى الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان أحدهما حال الحياة
والآخر بعد الممات (قوله بخلاف الوكيل) لان الوكالة اثبات ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف
لبقاء ولاية الموكل فلا تصح بلا علم من تثبت له الولاية واما الايصاء فاستخلاف لانه يتصرف بعد انقطاع
ولاية الموصى فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا يثبت
الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له لان الاذن مأخوذ من الاذان وهو الاعلام زيلعى لكن فى البحر
عن شرح المجمع لابن فرشته من المأذون ان كان الاذن خاصا بأن قال أذنت لعبدى فلان ولم يشتهر

فهو) يقع (على مال الزكاة)
كالنقود والسوائم ومال التجارة مطلقا
سواء بلغ النصاب أولا والقياس أن
يلزمه التصدق بالكل وهو قول زفر
وفى رواية لو قال ما أملك صدقة فى
المساكين يتناول كل المال (والصحيح
انهما) أى مالى وما أملك (سواء) وقال
مالك يدخل فيهما ثلث المال ويدخل
فيه أى فى كل واحد منهما أرض
العشر عند أبى يوسف خلافا لمحمد ولا
تدخل أرض الخراج بالاجماع ثم اذا
لم يكن له مال سوى ما دخل تحت
الايجاب يمسك من ذلك قوته وقوت
من تجب عليه نفقته ثم اذا أصاب شيئا
بعد ذلك تصدق منه بمثل ما أمسك
ولم يبين فى المبسوط ما يمسك لقوته
والمتأخرون قدروا وقالوا المحترف
يمسك لنفسه وعياله قوت يوم وصاحب
الغلة وهو آجر الدار ونحوها يمسك قوت
شهر وصاحب الضيعة يمسك قوت سنة
وصاحب التجارة يمسك مقدار ما يرجع
اليه ماله (ولو أوصى له بثلث ماله فهو
يقع (على كل شئ ومن أوصى اليه)
أى جعل وصيا (ولم يعلم بالوصية فهو
وصى) وعند ابى يوسف لا يكون وصيا
حتى يعلم (بخلاف الوكيل) حتى
لو وكل رجل ببيع شئ وهو لا يعلم به

بين الناس فعلم العبد به شرط لصيرورته مأذونا انتهى وكذا الامر باليد للمرأة يتوقف على العلم (تتمة) الصحيح ان الناظر وكيل حتى ملك الواقف عزله بلا شرط كذا في البحر قال شيخنا ومقتضاه ان تقريره في النظر بلا علمه لا يصح ثم رأيت بخط الشيخ شرف الدين الغزي محشي الاشباه انهم لم يجعلوه وصيا من كل وجه ولا وكيلا كذلك بل له شبه بالوصي حتى صح تفويضه في مرض موته وشبه بالوكيل حتى ملك الواقف عزله من غير شرط على قول ابي يوسف واما على قول محمد فهو وكيل عن الموقوف عليهم كما ذكره في الاشباه قلت وقول محمد مشكل اذ مقتضى كونه وكيلا عنهم ان لهم عزله مع ان الظاهر من كلامهم انه لا يصح بل لو عزله القاضي لم يصح اذا كان منصوب الواقف الا بجناية انتهى واعلم ان الوصاية والوكالة يجتمعان ويفترقان فيفترقان في مسئلة الكتاب وفي ان الوصاية لا تقبل التخصيص والوكالة تقبله وفي انه يشترط في الوصي ان يكون مسلما حرا بالغا بخلاف الوكيل حيث اكتفى فيه بالعقل وفي ان الوصي اذا مات قبل تمام المصلحة نصب القاضي غيره ولو مات وكيل الغائب لا ينصب غيره الا عن المفقود للحفظ وفي ان القاضي يعزل الوصي لخيانة او تهمة بخلاف الوكيل عن الحي (قوله فباع ذلك الشئ قبل العلم لا يجوز) أي لا ينفذ بل ينعقد موقوفا شيخنا (قوله لا يجوز بالاتفاق) في دعوى الاتفاق نظر بدليل ما في البحر عن البزازية الوكيل قبل علمه بالوكالة لا يكون وكيلا وعن الثاني خلافه الخ واجاب السيد الحموي بان دعوى الاتفاق باعتبار ظاهر الرواية (قوله ومن اعلم بالوكالة الخ) أطلقه فشمل ما اذا كان المخبر عدلا او غير عدل كبيرا او صغيرا فلا يشترط فيه الا التمييز بحر وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام لانه من المعاملات وليس فيه الزام زيلعي (قوله الا بعدل) او فاسق ان صدقه در عن العناية ولو كان المخبر الخصم او رسوله لا تشترط العدالة حتى لو اخبر المشتري الشفيع وجب الطلب اجماعا والرسول يعمل بخبره وان كان فاسقا اتفاقا صدقه او كذبه وكذا لو كان الرسول صغيرا وظاهر ما في العمادية انه لا بد ان يقول اني رسول بعزلك ويثبت العزل بكتاب الموكل ايضا بحر (قوله او مستورين) ظاهره انه لا يقبل خبر الفاسقين والصحيح قبوله ولا يشترط فيه لفظ الشهادة بحر عن فتح القدير (قوله وعندهما هذا والاول سواء) لانهما من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل وله ان في هذه الاشياء الزاما من وجه فيشترط احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة زيلعي وبيان الالزام فيه (قوله كالاخبار للسيد الخ) وكذا الاخبار بعيب لمريد شراء وبحجر مأذون وفسخ شركة وعزل قاض ومتولي وقف فهي عشر يشترط فيها احد شطري الشهادة لا لفظها در (قوله لا يصير مختارا للفداء عنده) فيدفعه البائع او المشتري الى ولي الجناية فيما اذا باعه بعد ان اخبره فاسق بالجناية وتصور دفع البائع بعد المبيع بأن يكون من لم يعلم بالجناية فيما بينه كان له رده لان كان بعد العلم واما في العتق فلا يدفع الى ولي الجناية وكان الطلب بالارش من العبد لعتقه هذا ما افهمه كلامهم ولم أره مصرحا به ولما خفي هذا على السيد الحموي قال قلت واذا لم يكن مختارا للفداء هل يدفعه (قوله الا اذا اخبره عدل الخ) لم يذكر المصنف سائر الشروط في الشاهد وجزم في تنقيح الاصول باشتراط سائر الشروط مع العدد او العدالة على قول الامام الاعظم فلا تثبت بخبر المرأة والعبد والصبي وان وجد العدد او العدالة بحر وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا زيلعي (قوله لا يلزمه عنده) الاصح انه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام الا فليبلغ الحديث وفي الرسول لا تشترط فيه العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج زيلعي ورده في الفتح والتحرير بان عدم اشتراط العدالة انما هو في الرسول الخاص بالارسال والا فيلزم على قول الزيلعي ان لا تشترط العدالة في رواية الحديث بحر (قوله خلافا لهما) وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يعلم بالاجماع زيلعي (قوله أو أمينه) أمين القاضي هو من يقول له القاضي جعلتك امينا في بيع هذا العبد اما اذا قال بع هذا العبد

فباع ذلك الشئ قبل العلم لا يجوز بالاتفاق (ومن أعلم) من الناس (بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين) عند أبي حنيفة وعندهما هذا والاول سواء (كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر) أي اذا اخبر بجناية عبده فباعه او اعتقه لا يصير مختارا للفداء عنده الا اذا اخبره عدل او مستوران وعندهما ... واذا اخبره واحد بخبر عدل وسكت لا يبطل شفعته عنده خلافا لهما واذا اخبره ... بالشرائع لا تلزمه عنده خلافا لهما (ولو باع القاضي او أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال) اي الثمن (فضاع) المال في يده قبل قضاء الدين

ولم يرد اختلف المشايخ والصحيح انه لا يلحقه عهدة بحر (قوله واستحق العبد) اوهلك قبل التسليم الى المشترى زيلعى (قوله لم يضمن) لان أمين القاضى كالقاضى والقاضى كالامام وكل منهم لا يضمن بل ولا تحلف بخلاف نائب الناظر درر وانما لا يضمن القاضى ولا أمينه لانه يؤدى الى تباعدهم عن قبول هذه الامانة فتتعطل مصالح الناس عينى لكن ان تعمد القضاء بالجور يضمن ويعزر ويعزل وان لم يتعمده كان خطأ على المقضى له حموى عن جامع الفصولين والمفتاح (قوله وان امر القاضى الخ) تقييده بامر القاضى اتفاقى ولم يعلم حكمه بغير أمره بالاولى بحر (قوله الوصى) ولو منصوب القاضى لانه نصبه ليكون قائما مقام الميت عينى (قوله رجع المشترى على الوصى) لانه هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه عينى (قوله وهو على الغرماء) لانه عامل لهم ومن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال قيل يجوز ان يرجع بذلك أيضا لان هذا الضمان لحقه فى امر الميت وقيل ليس له ذلك لانه انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له والاول أصح وصحح مجد الائمة السرخسى عدم الرجوع فقد اختلف التصحيح بحر عن الفتح (قوله او بالضرب) فى الحد او التعزير (قوله وسعك فعله) لان طاعة أولى الامر واجبة عينى ولا يمين على القاضى وما ذكره المصنف قول الماتريدى شيخنا وفى الشرنبلالية عن الذخيرة القضاة أربعة عالم عادل وعالم جائر وجاهل عادل وجاهل جائر فيقبل قول الاول مجملا ومفسرا والثالث مفسرا لا مجملا لا الثانى والرابع مجملا ومفسرا انتهى وهذا الذى ذكره الشرنبلالى يفهم من كلام الشارح (قوله حتى يعاين الحجة) زاد الزيلعى او يشهد بذلك مع القاضى عدل يعنى فى حق يثبت بشاهدين فان فى زنا فلا بد من ثلاثة ومعناه ان يشهد القاضى و لعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد لا على حكم القاضى والا لكان القاضى شاهدا على فعل نفسه وقد استبعد ذلك فى الفتح فى العادة وهو شهادة القاضى عند الجلاد حموى (قوله فالقول للقاضى) لان المقضى عليه لما اقر انه فعله فى قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا (قوله بغير يمين) لانه لو لزمه يمين صار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ درر ولو اقر الآخذ والقاطع بما اقر به القاضى لم يضمنا زيلعى (قوله وذكر فى الذخيرة الخ) ظاهره عدم قبول قول المعزول مطلقا وان كان المأخوذ ماله معترفا بانه فعل ذلك وهو قاض وهو خلاف ما ظهر من كلامهم وحاصل ما استفيد من كلامهم ان القول للقاضى ولا يلزمه الضمان اذا كان المأخوذ ماله والمقطوع يده مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض بالاتفاق خلافا لما يظهر من قول الشارح وذكر فى الذخيرة الخ الا ان يحمل على ما اذا ادعى المأخوذ منه انه فعل ذلك بعد العزل او قبل ان يتقلد القضاء فلو قال الشارح بعد قول المصنف اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه المال مقرا انه فعله وهو قاض قيد بذلك لانه لو ادعى انه فعل ذلك بعد العزل او قبل التقليد لا يقبل قول المعزول وضمن المقضى به كما فى الذخيرة لكان أولى (قوله فالقاضى مصدق بكل حال) أى سواء اعترف المقطوع يده بان القاضى فعل ذلك وهو قاض ام لا وفيه ان هذا الذى ذكره الشارح لا يلائم قول المصنف اذا كان المقطوع يده الخ فلو أخره عنه بان قال بعد قوله اذا كان المقطوع يده الخ وقيل انه مصدق بكل حال لكان صوابا (قوله فى الصحيح) وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى والصدر الشهيد لانه أسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله فى قضائه بالتصادق ولو كان المال فى يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى فى انه فعله فى قضائه او لم يصدقه يؤخذ منه لانه

من يد المشترى (واستحق العبد) كل واحد منهما (ورجع المشترى) بالثمن (على الغرماء وان لم يضمن) أمر القاضى الوصى ببيعه لهم فاستحق) أى العبد (أو مات قبل القبض) قبض المشترى (فضاع المال رجع المشترى على الوصى وهو) اى الوصى رجع (على الغرماء ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم) فى الزنا (أو بالقطع) فى السرقة (أو بالضرب) فى الحد (فافعله وسعك فعله) وقال محمد آخرا لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة وكثير من مشايخنا اخذوا بروايه محمد فى هذا وقالوا ما احسن هذا فى زماننا وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان أحسن تفسيره وجب تصديقه والا وان كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل قوله الا أن يعاين سبب الحكم وهو الشهود (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفا ودفعتها الى زيد) حال كونى قد (قضيت به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضى) بغير يمين وذكر فى الذخيرة لا يقبل قول المعزول ويضمن المقضى به (وكذا لو قال قضيت بقطع يدك فى حق) وقال فعلته ظلما فالقاضى مصدق بكل حال (اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه المال مقرا انه اى القاضى فعله وهو قاض) ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ او انما فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضى ايضا فى الصحيح

أقران اليد كانت له فلا يصدق في دعوى التمليك الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه بحر وقولهم في تعليل كون القول للقاضي لانه اسند فعله الى حالة منافية للضمان أي من كل وجه فلا يرد ما لو قال المولى لامته بعد عتقها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة حيث يكون القول لها وكذا في كل شئ أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ما اسند فعله الى حالة منافية للضمان من كل وجه بل الى حالة قد يجامعها الضمان في الجملة لان كونها امة له لا ينفي الضمان عنه من كل وجه ألا ترى انه يضمن اذا كانت مرهونة اومأذونة مديونة بحر عن المجمع وفيه عن البزازية صب دهنا لانسان فطالبه المالك بالضمان فقال انه تنجس بوقوع الفأرة فالقول للصاب لانكاره الخ وظاهره ان القول له في عدم الضمان وليس كذلك بل القول قوله في كونه متنجسا وأما الضمان فلا فيضمن قيمته متنجسا قال الشيخ شرف الدين الغزي وقد اوضحناه في تنوير البصائر على الاشباه

(كتاب الشهادات)

(قوله انما تقبل في مجلس القاضي) ولو بلا دعوى كما في عتق الامة در قال ابن الهمام والذي يتبادر ان تقديمها على القضاء اولى لانه موقوف عليها اذا كان ثبوت الحق بها الا انه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة المقصود على الوسيلة وانما قيد بالقاضي وان كان المحكم كذلك لان المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه حموي بخلاف القاضي فان قضاءه يتقيد بمحل ولايته (قوله هي اخبار الخ) أي اخبار القاضي لاثبات الحق بمجلس الحكم فخرج اخباره بمجلسه بأمر حدث واخباره في غير المجلس فلا يعتبر حموي واعلم ان ما ذكره المصنف من تعريف الشهادة هو تعريفها الشرعي واللغوي الحضور قال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أي حضرها خلافا للزيلعي حيث جعل قول المصنف هي اخبار الخ معناها اللغوي ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظ الشهادة قال العيني وليس كذلك لان معناها اللغوي الحضور كما ذكرنا وهذا معناها الاصطلاحي وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشئ خارج عن ذاته كما عرف انتهى وتبعه في البحر حيث ذكر ان ما ذكره الزيلعي من جعله تعريف المصنف للشهادة معنى لغويا خلاف الظاهر وانما هو معناها الشرعي كما أفاده في ايضاح الاصلاح والمشاهدة المعاينة والعيان بالكسر المعاينة كما في ضياء الحلوم فهو تأكيد والتخمين الحدس والحسبان بالكسر الظن وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع فانها لم تكن عن مشاهدة وأجيب بان جوازها للاستحسان والتعريفات الشرعية انما تكون على وفق القياس اوهي عن عيان حكما (قوله وعيان) عطفه على المشاهدة تفسيري ولهذا جعله في البحر تأكيدا للمشاهدة واعلم انه جرى على السنة الامة سلفا وخلفا في اداء الشهادة أشهد مقتصرين عليه دون غيره من الالفاظ الدالة على تحقيق الشئ نحو اعلم واتيقن وهو موافق لالفاظ الكتاب والسنة أيضا فكان كالاجماع على تعيين هذه اللفظة ولا يخلو من معنى التعبد اذ لم ينقل غيره ولعل السر فيه ان الشهادة اسم من المشاهدة وهي الاطلاع على الشئ عيانا فاشترط في الاداء ما ينبئ عن المشاهدة واقرب شئ يدل على ذلك ما اشتق من اللفظ وهو أشهد بلفظ المضارع ولا يجوز شهدت لان الماضي موضوع للاخبار عما وقع فلو قال شهدت احتمل الاخبار عن الماضي فيكون غير مخبر به في الحال والمضارع موضوع للاخبار في الحال فاذا قال اشهد فقد أخبر في الحال وأيضا استعمل اشهد في القسم نحو اشهد بالله لقد كان كذا أي اقسم فتضمن لفظ أشهد معنى المشاهدة والقسم والاخبار في الحال فكان الشاهد قال أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا الآن اخبر به وهذه المعاني مفقودة في غيره من الالفاظ

(كتاب الشهادات) الشهادة انما تقبل في مجلس القاضي فلذلك لا تكون ملزمة بدون القضاء فلذلك عقبه بكتاب الشهادات (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين) اى ظن

فلهذا اقتصر عليه ولو زاد على قوله اشهد فيما اعلم بطل للشك وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية فيشترط الاسلام لو المدعى عليه مسلما والقدرة على التمييز بين المدعى والمدعى عليه وذلك بالسمع والبصر وعدم قرابة ولادوز وجية وعداوة دنيوية وجر مغنم ودفع مغرم وان لا يكون خصما فخرج الوصي لليتيم والوكيل لموكله وان يكون عالما بالمشهود به حين الاداء لا معتمدا على خطه عند أبي حنيفة وموافقتها للدعوى وتعذر الاصيل في شهادة على شهادة وشرط التحمل العقل والبصر ومعاينة المشهود به الا فيما يثبت بالتسامع وسبب وجوبها طلب ذي الحق او خوف فوت حقه بان لم يعلم بها ذو الحق وخاف فوته لزمه ان يشهد بلا طلب وحكمها وجوب الحكم على القاضي ومحاسنها امتثال الامر قال تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله واحياء الحقوق ودليلها الكتاب والسنة والاجماع حموي ودر (قوله وحسبان) بكسر الحاء من حسبته كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا أي ظننته ويقال احسبه بالكسر شاذا وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر اذا عد عيني واستفيد منه ان عطفه على التخمين عطف تفسير لان الحسبان بمعنى الظن كما ذكره وكذا التخمين معناه الظن كما ذكره الشارح (قوله مأخوذة من المشاهدة) انما قال مأخوذة ولم يقل مشتقة لان الشهادة مصدر والمصدر لا يكون مشتقا لانه جامد حموي (قوله وقيل من الشهود الخ) أي مأخوذة منه حموي (قوله فسمى الحاضر شاهدا) أي مجازا باعتبار الاول على حد قوله تعالى أعصر خمرا ثم ظهر ان تسمية الحاضر شاهدا حقيقة لانباء الشهادة عن المعاينة والتجوز انما هو في تسمية الاداء شهادة لانه من اطلاق اسم السبب على المسبب كما ذكره الزيلعي والسبب هو المعاينة والمسبب هو الاداء (قوله بطلب المدعى) لانه حقه فان طلب لا يسع كتمانها لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان أداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا أسند الاثم الى الآلة التي وقع الفعل بها وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقوله أبصرته بعيني آكد من أبصرته واسناده الى أشرف الجوارح دليل على انه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى زيلعي (قوله وذكر في الذخيرة انما يأثم الخ) وعلى هذا ايضا ما اذا علم ان القاضي لا يقبل شهادته فان علم لم يأثم عيني وفي الدر يشترط لوجوب الاداء بعد الطلب سبعة أشياء مبسوطة في البحر وغيره منها عدالة قاض الخ (قوله اذا كان في امتناعه تضييع الخ) بأن لم يوجد غيره ممن يقبل (قوله او كانت شهادته اسرع قبولا) فيه تأمل مقدسي ووجهه عدم ظهور وجه الوجوب حيث كان هناك من يقوم به الحق حموي (قوله والامتناع كان بغير عذر) كما لو كان بعيدا بحيث لا يمكنه اداء الشهادة ومبيته بأهله في يومه ذلك لانه يلحقه بذلك ضرر قال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء للركوب فاركبه المدعى من عنده لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام وان كان يقدر واركبه من عنده لا تقبل عيني ومقتضى قوله وليس له شيء للركوب انه لو كان له ما يركبه فاركبه من عنده لا تقبل واذا لم يجز له الركوب الا لعذر فعدم جواز أخذ الاجر بالاولى وجوز أبو يوسف له الاكل سواء كان مهيأ له أم لا وبه يفتى وفي الدر ضمن فروع ذكرها قبيل كتاب الشهادات كل ما يجب على القاضي لا يحل له اخذ الاجر به كنكاح صغير وكجواب المفتي بالقول وأما بالكتابة فيجوز لهما على قدر الكتابة (قوله وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه في حقوق العباد عيني بدليل قوله تعالى ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا أي اذا دعاهم المدعى اذ الحد ليس له مدع يدعيها واستثنى في الدر المتهتك فالاداء فيه أحب اخلاء للعالم عن الفساد (قوله أخذ لا سرق) ولو قال سرق جاز لكن الاول افضل بحر (قوله رعاية لجانب الستر) في حق السارق أقول ورعاية لجانب المال في حق المسروق منه حموي لان الشهادة

(وحسبان) ولهذا قيل انها مأخوذة من المشاهدة المنبئة عن المعاينة وقيل من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء لاداء الشهادة فسمى الحاضر شاهدا واداؤه شهادة (ويأثم) اداء الشهادة (بطلب المدعى) وهذا يشير الى انه لو امتنع الشاهد عن اداء الشهادة بعد الطلب يأثم وذكر في الذخيرة انما يأثم اذا كان في امتناعه تضييع حق المدعى او كانت شهادته اسرع قبولا والامتناع كان بغير عذر (وسترها في الحدود احب) فالافضل (ويقول في السرقة اخذ) المال (لا سرق) اي لا يقول سرق رعاية لجانب الستر (وشرط الزنا) اي لاثبات الزنا

اربعة رجال (ولبقية الحدود) كحد
الشرب والقذف والسرقة
(والقصاص) اى للقصاص (رجلان)
فلا يقبل فى الحدود والقصاص شهادة
النساء (و) شرط (للولادة والبكارة
وعيوب النساء) والاماء (فيما لا يطلع
عليه رجل امرأة) واحدة وعند
الشافعى اربع وقال مالك يشترط
امرأتان (و) يشترط (لغيرها) اى
لغير الاشياء المذكورة (رجلان)

بالسرقة توجب عليه القطع فيسقط عنه الضمان لانهما لا يجتمعان كما سبق وحكى الفخر الرازى فى التفسير ان هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء وفيهم أبو يوسف فادعى رجل على آخر انه أخذ ماله من بيته فأقر بالاخذ فسأل الفقهاء فأفتوا بقطع يده فقال أبو يوسف لا لانه لم يقر بالسرقة وانما أقر بالاخذ فادعى المدعى انه سرق فأقر بها فأفتوا بالقطع فخالفهم أبو يوسف فقالوا له لم قال لانه لما أقر أولا بالاخذ ثبت الضمان عليه وسقط القطع فلا يقبل اقراره بعده بما يسقط الضمان عنه فعجبوا كذا بخط شيخنا (قوله أربعة رجال) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم واشتراط الاربع مع وصف الذكورة يحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق فان قلت التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور قلت نعم ولكن قد وجد دليل الانتفاء وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم على انه اذا انتقص عدد الشهود عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة زيلعى (تتمة) علق العتق بالزنا فشهد به رجلان يعتق ولا يحد در واختلفوا فى الشهادة على اللواطة فعند ابى حنيفة يقبل فيه رجلان عدلان لان موجبه التعزير عنده وعندهما لابد فيه من اربعة كالزنا وأما اتيان البهيمة فالاصح انه يقبل فيه شاهدان عدلان ولا يقبل فيه شهادة النساء شيخنا عن الجوهرة (قوله فلا يقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء) لحديث الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص زيلعى وأما القتل خطأ فيقبل فيه شهادة الرجال مع النساء وفى خزانة الاكمل لو قضى بشهادة رجل وامرأتين فى حد او قود وهو يراه او لا يراه فرفع الى آخر امضاه ومعنى الآية ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع الرجال وفى الولوالجية ان شربت الخمر فعبدى حر فشهد رجل وامرأتان بشربه عتق العبد ولا يحد بحر (قوله وشرط للولادة الخ) فشهادة القابلة على الولادة مقبولة كما سيأتى فى كلام الشارح عن شمس الائمة الحلوانى لكن فى حق النسب دون الميراث وكذا شهادتها على الاستهلال مقبولة فى حق الصلاة عليه دون الارث قال فى البحر وعندهما تقبل فى حق الارث أيضا وبقولهما قال الشافعى وأحمد وهو الراجح فتح وأشار بقوله فيما يطلع عليه رجل الى ان الرجل لو شهد لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا قال تعمدت النظر الخ وفى الزيلعى قيل تقبل وان قال تعمدت النظر كما فى الزنا وذكر فى التتارخانية ان فى حق الارث تقبل شهادة امرأة واحدة عندهما اذا كانت عدلة كشهادات النساء على الجراحات فى الحمامات انتهى بتصرف (قوله فيما لا يطلع عليه رجل) مفهومه ان ما يطلع عليه الرجال من عيوب النساء كالاصبع الزائدة لا يكتفى فيه بشهادة امرأة وبه صرح باكير (قوله امرأة) لحديث شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو الواحد بحر والثنتان أحوط ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة زيلعى (قوله وعند الشافعى أربع) وقال مالك يشترط امرأتان للشافعى ان الشهادة المطلقة شهادة رجلين والمثنى منهما بمنزلة واحد ولمالك ان الواحدة فى هذا الباب كالرجل وبه قال ابن أبى ليلى قلنا ان هذا خبر وليس بشهادة ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة وخبر الواحد فى الديانات مقبول عينى واعترض بأن قوله ولهذا لا يشترط لفظ الشهادة قول العراقيين والاصح خلافه وهو ما ذكره المصنف من اشتراط لفظ الشهادة فى الكل وأجيب بأنه يكفى فى الرد على الخصم أن يكون قولا فى المذهب وان لم يكن راجحا كما فى كتب الاصول شيخ شاهين (قوله ولغيرها) يرد عليه الشهادة باسلام الرجل الكافر حيث لا تقبل فيه شهادة النساء ولا الكفار وكانه لانها تجر الى قتله اذا أصر على كفره فصار كالشهادة بالحدود والقصاص أما المرأة اذا شهد عليها بالاسلام رجل وامرأتان قبلت بخلاف الشهادة بردة المسلم حيث لا يقبل فيها شهادة النساء بحر والمراد من قوله ولغيرها اى من الحقوق أما الديانات فيكفى فيها شهادة الواحد كالشهادة على هلال رمضان ويدخل فى عموم قوله ولغيرها الرضاع حموى عن البرجندى (قوله

أو رجل وامرأتان) ذكر فى الملتقط ان المعلم اذا شهد منفردا فى حوادث الصبيان تقبل شهادته حموى عن
البرجندى وهو باطلاقه شامل لحوادث الصبيان مطلقا كالصبيان التى فى حرفة والظاهر ان التقييد
بصبيان المكتب فى عبارة الدر عن القهستانى معزيا للتجنيس اتفاقى فصبيان غير المكتب كذلك (قوله
والوصية) أى الايصاء اذ الكلام فيما ليس بمال جوهرة قال فى الشرنبلالية ولعل الحال لا يفترق
فى الحكم بين الشهادة بالوصية والايصاء انتهى (قوله وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه لا تقبل الخ) لان
الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل وقصور الولاية واختلال الضبط ولكن فى الاموال ضرورة
باعتبار كثرة وجودها وقلة خطرها فيقتصر عليها وبه قال مالك وأحمد ولنا ماروى ان عمر وعليا أجازا
شهادة النساء مع الرجال فى النكاح والفرقة والاصل قبول شهادتهن لوجود ما ينبنى عليه أهلية الشهادة
وهو المشاهدة والضبط والاداء وما يعرض لهن من قلة الضبط فهو مجبور بضم الاخرى اليها عينى فلم يبق
بعد ذلك الا الشبهة ولهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت بالشبهات وانما لا تقبل
شهادة الاربع من غير رجل كيلا يكثر خروجهن بحر (قوله لفظ الشهادة) أى لفظ أشهد بصيغة المضارع
وقدمنا انه ركن فالمراد بالشرط ما لا بد منه بحر ثم رأيت بخط شيخنا عن عزمى مانصه قوله ولزم فى الكل
لفظ أشهد وقد سبق ذلك فى أول الكتاب على كونه ركنا وذكره هنا على كونه من شرائط القبول فلا يغنى
احدهما عن الآخر انتهى (قوله لا تقبل) لان النصوص ناطقة بلفظ الشهادة فلا يقوم غيرها مقامها
لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين عينى ويشترط التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته
لا تقبل ولو قال أشهد على شهادة صاحبى لا تقبل عند الخصاف وعند عامة مشايخنا تقبل وقيده
الاوزجندى بما اذا قال لهذا المدعى على هذا المدعى عليه وبه يفتى بحر (قوله وعن شمس الائمة الخ) وهو
قول العراقيين لانه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من الشهادة عينى (قوله
او أخبرت بأنها ولدت) كذا فى عدة نسخ وفى بعضها أخبر بصيغة المضارع وهو الظاهر حموى (قوله
والعدالة) لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو
المرضى عينى (قوله مطلقا فى الحدود وغيرها) ينبغى أن يزاد فى تفسير الاطلاق فيقال وسواء كان وجيها
ذا مروءة أم لم يكن (قوله وعن أبى يوسف الخ) لعدم تهمة الكذب فى شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر احد
على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب بغير منفعة له فى ذلك والاول أصح كما سيذكره
الشارح ومثله فى الزيلعى وكذا ضعفه الكمال بأنه تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل در وأراد بالنص قوله
تعالى وأشهدوا ذوى عدل (قوله اذا كان وجيها الخ) فسر فى العناية الوجيه بأن يكون ذا قدر وشرف بحر
والمروءة آداب نفسانية تحمل على محاسن الاخلاق وجميل العادات والهمزة وتشديد الواو فيها لغتان (قوله
تقبل شهادته) أى يجوز قبول شهادته ولا يصح أن يراد بالقبول الصحة لانهم مجمعون على ان القاضى اذا
قبل شهادة الفاسق صح وأثم لان العدالة ليست شرط الاهلية كما سيأتى (قوله مجتنبا عن الكبائر) فيه ان
اجتنب متعد بنفسه فكذا ما اشتق منه حموى (قوله والعدالة شرط العمل) يشير الى الجواب عما عساه
يعترض به على المصنف حيث سوى بين العدالة ولفظ الشهادة فى الاشتراط مع ان لفظ الشهادة شرط الصحة
الاداء بل ركنه وأما العدالة فليست شرطا لصحة الاداء وانما ظهورها شرط وجوب القضاء على القاضى
كما فى البحر ولهذا لو قضى بشهادة الفاسق صح وأثم بان يقال وجه التسوية بينهما الاشتراك فى مطلق
الشرطية وان كان أحدهما شرطا لصحة الاداء والآخر لوجوب القضاء بها مع ان المصنف فى هذه العبارة
تابع لصاحب الهداية وغيره (قوله ويسأل القاضى) لم يذكر المؤلف صفة السؤال وصرح فى الهداية بأنه
لا بد منه قال فى البحر ولم يبين انه شرط أولا ورأيت بخط السيد الحموى التصريح بوجوبه فيأثم بتركه ولا
يبطل الحكم وفى البحر عن الملتقط لو قضى بغير تزكية الشهود اجزأ فافاد ان السؤال ليس بشرط صحة فلو قضى
ثم ظهر ان الشهود فسقة لم ينقض القضاء وفى المحيط البرهانى لو قضى بالحد بينة ثم ظهر انهم فساق بعد

اورجل وامرأتان) مطلقا سواء كان الحق
مالا اوغيره كالطلاق والعتاق
والنكاح والوكالة والوصية وقال
الشافعى لاتقبل شهادة النساء مع
الرجال الا فى الاموال وتوابعها كالاجل
وشرط الخيار والكفالة (و) شرط
(للكل) اى جميع ماتقدم (لفظ
الشهادة) حتى لو قال اعلم او اتيقن
لاتقبل وعن شمس الائمة الحلوانى ان
القابلة لو قالت اقول انها ولدت او
اخبرت انها ولدت كفى (و) شرط
للكل (العدالة) مطلقا فى الحدود
وغيرها وعن ابى يوسف ان الفاسق
اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة
تقبل شهادته والاصح الاول والعدالة
هى الاستقامة فى الدين والعدل من
كان مجتنبا عن الكبائر غير مصر على
الصغائر والعدالة شرط العمل بالشهادة
لا شرط الاهلية (و يسأل) القاضى

مارجم فانه لاضمان على القاضى لانه لم يظهر الخطأ بيقين انتهى قال فى البحر وهذا يدل على ان القاضى لوقضى فى الحدود قبل السؤال بظاهر العدالة فانه يصح وان كان آثما ومحل السؤال عند جهل القاضى بحالهم فلو عرفهم بجرح أو عدالة لا يسأل عنهم (قوله عن الشهود) أى عدالتهم على حذف مضاف وانما قدرناه لانه لا يسأل عن حرية الشاهد واسلامه مالم ينازعه الخصم وماذكره فى الجامع من ان الناس أحرار الا فى الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية فى هذه المواضع بل يسأل محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق كما قيده القدورى بحر عن الزيلعى قال وثبوت حرية الشاهد اما باقامة البينة عليها أو بالاخبار للقاضى كالعدالة والاول أحب وأحسن لان الاهلية للشهادة لا تثبت الا بالحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجرى فيهما الخصومة فيمكن معرفتهما بالسؤال عن حاله كذا فى المبسوط الخ والمراد من العقل فى قوله الناس أحرار الا فى الشهادة والحدود والقصاص والعقل هو الدية وفى البحر عن فتاوى قارى الهداية تزكية الذمى بالامانة فى دينه ولسانه ويده وانه صاحب يقظة انتهى وفى الملتقط نصرانى عدل ثم أسلم قبلت شهادته انتهى وفيه اذا سكر الذمى لا تقبل شهادته انتهى وفى الدر عن الاختيار اذا لم يعرفه المسلمون يسئل عنه عدول المشركين انتهى ومن هنا تعلم ان العدالة لا تستلزم الاسلام (قوله سرا وعلنا) بفتح اللام مصدر علن الامر ظهر واشتهر والاسم العلانية حموى (قوله وعليه الفتوى) لان الفساد فى هذا العصر اكثر زيلعى لكن فى الدر عن المجمع والسراجية لو اكتفى بالسرجاز وبه يفتى انتهى (قوله وعند أبى حنيفة الخ) قيل هذا اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة كان فى القرن الثالث وهم ناس شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح لقوله عليه السلام خير القرون قرنى الذى أنا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد وهما كانا فى القرن الرابع بعد تغير أحوال الناس فظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل بما شاهد فى زمانه زيلعى لكن قوله ان أبا حنيفة كان فى القرن الثالث مخالف للكتب المشهورة مع ان كتب التواريخ مشحونة بأن الامام ولد فى السبعين او الثمانين بعد الهجرة فكيف يكون فى القرن الثالث أقول لا مخالفة فقد نص ابن حجر العسقلانى فى الكلام على الحديث فى شرح البخارى بقوله ويطلق القرن على مدة من الزمان واختلفوا فى تحديدها من عشرة اعوام الى مائة وعشرين لكن لم أر من صرح بالسبعين ولا بمائة وعشرة وما عدا ذلك فقد قال به قائل انتهى شيخ شاهين (قوله ولا يسأل عنهما) الظاهر ولا يسأل عنهم اذ الضمير عائد على الشهود حموى (قوله ولا يتفحص انهما الخ) فيه ماسبق من أن الظاهر الاتيان بضمير الجماعة لعوده على الشهود (قوله أو كانت الشهادة فى الحدود والقصاص مطلقا) أى طعن الخصم أولا (قوله ويزكى فى العلانية) الظاهر ويسأل فى العلانية ليطابق قول المصنف ويسأل عن الشهود سرا وعلنا حموى (قوله فيهما) أى فى الحدود والقصاص (قوله ان يبعث البياض) فيه انه لا يصح الاخبار عن التزكية بما ذكر من بعث البياض الا أن يقدر مضاف ومضاف اليه حموى فيكون تقديره والتزكية فى السر كتابة العدل فى البياض الذى يبعثه القاضى اليه شيخنا (قوله الى المعدل) متعلق بأن يبعث كذا بخط شيخنا (قوله انه عدل جائز الشهادة) ظاهره انه لا يكتفى فى التزكية بمجرد قوله انه عدل بل لا بد من قوله جائز الشهادة لانه لا يلزم من كونه عدلا أن يكون مقبول الشهادة كالعبد والمحدود فى قذف اذا تاب والاصح انه يكتفى بقوله هو عدل كما فى الزيلعى ومثله فى التنوير وشرحه معللا بثبوت الحرية بالدار لكن فى البحر واختار السرخسى انه لا يكتفى بقوله هو عدل لان المحدود فى قذف بعد التوبة عدل غير جائز الشهادة وينبغى ترجيحه انتهى وكذا اختلفوا فيما اذا قال لا أعرف فيهم الا خيرا قال فى البحر والاصح انه تعديل وفيه عن تهذيب القلانسى لما تعذرت التزكية فى زماننا لغلبة الفسق اختار القضاة كما اختار ابن أبى ليلى استحلاف الشهود لغلبة الظن انتهى قال فى البحر قلت ولا يضعفه ما فى الكتب المعتمدة كالخلاصة

(عن) حال (الشهود سرا وعلنا فى سائر الحقوق) اى فى جميعها عندهما وعليه الفتوى وعند ابى حنيفة انه يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسأل عنهما ولا يتفحص انهما عدل او غير عدل الا اذا طعن الخصم او كانت الشهادة فى الحدود والقصاص مطلقا فانه يسأل فى السر ويزكى فى العلانية فيهما بالاجماع ثم التزكية فى السر أن يبعث البياض الذى فيه اسماء الشهود ونسبهم وحليتهم ومساجدهم التى يصلون فيها الى المعدل حتى يعرف المزكى فمن عرفه بالعدالة يكتب اسمه فى البياض انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب تحت اسمه

والبزازية من انه لا يمين على الشاهد لانه عند ظهور عدالته والكلام عند خفائها خصوصا فى زماننا اذ الشاهد مجهول الحال وكذا المزكى غالبا والمجهول لا يعرف المجهول قال فى الدر وأقره المصنف ثم نقل عن الصيرفية تفويضه للقاضى (قوله بل يسكت) احترازا عن الهتك ويقول الله يعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضى بشهادته فحينئذ يصرح زيلعى وعينى وقوله ويقول بالواو وفى الهداية او يقول قال شيخنا وهو الوجه (قوله ومن لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب انه عدل) قال شيخنا مخالف لما فى الزيلعى والعينى والبحر من انه يكتب انه مستور انتهى وكذا الحموى استشكله أيضا بأنه حيث لم يعرفه بالعدالة كيف يصفه بها قال ثم رأيته صرح فى النهاية بأنه يكتب انه مستور انتهى (قوله ربما يخدع المزكى) بالبناء للمفعول أى يخدع المدعى عليه أو الشاهد المعدل بمال يدفعه حموى فان كان المال المدفوع لمعدل من جهة المدعى عليه فالغرض حينئذ حثه على عدم تعديل من هو عدل وان من جهة الشهود كان لاجل تعديل من لم يكن عدلا قلت ويحتمل ان يكون الخداع من المدعى ولم أدر ما السر فى عدم ذكر السيد الحموى له مع انه الغالب (قوله أو يقصر الخ) للمرفائدة اخرى هى ان المزكى اذا جرح الشاهد يقول القاضى للمدعى زدنى شهودا او يقول لم تحمد شهودك ولا يصرح القاضى بانهم جرحوا ستر اللشاهد والمزكى ولو عدله واحد وجرحه آخر فعند الامامين الجرح اولى وعند محمد تتوقف الشهادة حتى يجرحه آخر او يعدله فيثبت الجرح او التعديل وان جرحه واحد وعدله اثنان فالتعديل أولى عندهم وان جرحه اثنان وعدله عشرة فالجرح اولى ولو عدل فى حادثة وقضى به ثم شهد فى اخرى فان بعدت المدة اعيد والا لا ولا يعدل غريب حتى تمضى سنة عند أبى يوسف ولم يقدره محمد بل على ما يقع فى القلوب الوثوق به وبه يفتى بحر (قوله وفى العلانية الخ) تقدم ان المفتى به الاكتفاء بتزكية السر ولهذا قال محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة (قوله ان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد الخ) لتنتفى تهمة شبهة تعديل غيره عن القاضى لاحتمال ان يكون فى قبيلته من يوافقه فى الاسم كذا فى التبيين (قوله فيسأل المزكى) بنصب يسأل عطفا على يجمع (قوله وان كان محدودا فى القذف) أو عبدا او امرأة او اعمى او صبيا او احد الزوجين للآخر او الوالد لولده وعكسه او العبد لمولاه وعكسه قال فى البحر وخرج من كلامه تزكية الشاهد بحد الزنا فلابد فى المزكى فيها من اهلية الشهادة والعدد الاربعة اجماعا ولم ار الآن حكم تزكية الشاهد ببقية الحدود ومقتضى ما قالوه اشتراط رجلين لها (قوله وتعديل الخصم لا يصح) هذا تفريع من الامام على قول من يرى السؤال عن الشهود كتفريعه مسائل المزارعة واما على قوله فلا يتأتى ذلك وانما لا يصح لانه ظالم و كاذب فى زعم المدعى وشهوده عينى وقيده فى البزازية بما اذا لم يكن المدعى عليه ممن يرجع اليه فى التعديل فان كان صح تنوير وشرحه وشمل الخصم المدعى والمدعى عليه وان اراد به المدعى عليه وهو الظاهر فعدم صحته من المدعى بالاولى كتعديل الشاهد نفسه وشمل ايضا ما اذا عدله المدعى عليه قبل الشهادة أو بعدها كما فى البزازية مع انه قبل الدعوى لم يوجد منه كذب فى انكاره وقت التعديل وكان الفسق الطارئ على المعدل قبل القضاء كالمقارن ولم يذكر تعديل احد الشاهدين صاحبه بان عرف القاضى احد الشاهدين بالعدالة دون الآخر فعدله الذى عرفه بالعدالة قال نصير لا يقبل القاضى تعديله ولابن سلمة فيه قولان بحر (قوله حتى لو قال المدعى عليه الشهود عدول الخ) الا انهم اخطؤا أو نسوا اما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق بحر عن الهداية ويقضى عليه حينئذ باقراره لا بالبينة عند الجمهور در عن الاختيار زيلعى بقى ان ظاهر كلام المصنف والشرح انه لا فرق فى عدم صحة تعديل الخصم بين ان يزيد على وصفهم بالعدالة قوله الا انهم اخطؤا أو نسوا او لم يزد شيئا وبه صرح فى الدر اذ مجرد وصفهم بالعدالة لا يستلزم قبول شهادتهم وما سبق عن البحر من تقييده به للاحتراز عما لو سكت ولم يزد شيئا بعد وصفهم بالعدالة بل توطئة لقوله اما اذا قال صدقة او هم عدول صدقة الخ (قوله مطلقا) اى سواء كان عدلا او غير عدل فهو فى مقابلة ما سيأتى عن الصاحبين من انه يجوز تزكيته ان كان عدلا

بل يسكت ومن لم يعرفه بالعدالة ولا بالفسق يكتب انه عدل وينبغى ان يكون المزكى عدلا غير طماع وفقير وانما كان ذلك فى السر اذ لو ظهر ربما يخدع المزكى بالمال او يقصر فى التعديل المخافة وفى العلانية لابدان يجمع القاضى بين المعدل والشاهد فى مجلس القضاء فيسأل المزكى عن الشهود بحضرة الشهود اهؤلاء عدول مقبولو الشهادة ويشترط فى المزكى فى العلانية ما يشترط فى الشاهد من العدالة والبلوغ والحرية والعقل والبصر وان لا يكون محدودا فى القذف سوى لفظة الشهادة وفى تزكية السر يشترط عدالة المزكى فقط وان كان محدودا فى القذف كذا فى الذخيرة (وتعديل الخصم لا يصح) حتى لو قال المدعى عليه الشهود عدول حتى لا تقبل شهادتهما مطلقا حتى يسأل من غير المشهود عليه

(قوله

(قوله وعن ابى يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته الخ) غيرانه عند محمد لابد من ان ينضم اليه شخص آخر لانه لا يكتفى فى التزكية بالواحد عنده وعند ابى يوسف يكتفى (قوله والواحد يكفى الخ) اطلقه فشمل العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف اذا تاب والصبى واحد الزوجين للآخر والوالد لولده وعكسه والعبد لمولاه وعكسه وخرج عن كلامه التزكية فى حد الزنا وكذا يكتفى بالواحد فى التقويم للمتلفات ذكره ابن وهبان لكن فى البزازية لابد من تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج الى الفرق بين التقويمين وفى تقويم نصاب السرقة لابد من اثنين كما فى العناية وكذا يكتفى بالواحد فى الجرح وقدمناه وتقدير الارش وعند الاختلاف فى صفة المسلم فيه بعد احضاره والاخبار بافلاس المحبوس لاطلاقه والاخبار بعيب المبيع والاخبار برؤية الهلال والاخبار بالموت للشاهدين وكذا ما كان من الديانات يقبل فيه قول الواحد العدل كطهارة الماء ونجاسته وحل الطعام وحرمته وكذا يقبل قول العدل فى عزل الوكيل وحجر المأذون واخبار البكر بالنكاح وليها واخبار الشفيع بالبيع والمسلم الذى لم يهاجر كما قدمناه على قول ابى حنيفة من اشتراط احد شطرى الشهادة اما العدد او العدالة بحر وفوله والاخبار بالموت للشاهدين سيأتى فى كلام الشارح محكيا بقيل حيث قال بعد قول المصنف ولا يشهد بما لم يعاينه الا النسب الخ وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد او واحدة (قوله للتزكية) أى تزكية السر اما تزكية العلانية فيشترط فيها العدد بحر عن الخصاف ولو قال الواحد العدل المسلم لكان أولى لاشتراط العدالة فيها أى التزكية والاسلام فى المزكى لو المشهود عليه مسلما بحر ايضا عن البزازية (قوله والرسالة من القاضى الى المزكى) لوابقى المتن على اطلاقه متنا ولا لرسول المزكى الى القاضى كما فى البحر عن الفتح لكان أولى (قوله والترجمة) ليس المراد التسوية بين الثلاثة من جميع الوجوه بل من حيث الاكتفاء بالواحد والاثنين التزكية والترجمة فرق فان الترجمان لو كان اعمى لا يجوز عند الامام ويجوز عند الثانى وقدمنا ان تزكية الاعمى جائزة ولا يكون المترجم امرأة كما قدمناه عن الخزانة وتصلح للتزكية واطلق فى الترجمة فشمل المترجم عن الشهود أو عن المدعى أو المدعى عليه لا الاول فقط كما يوهمه كلام الزيلعى وتبعه العينى فقال اراد بها المترجم عن الشهود ثم الترجمة مصدر ترجم كلامه اذا بينه واوضحه وترجم كلام غيره اذا عبر عنه بلغة غير لغة المتكلم واسم الفاعل ترجمان وفيه لغات اجودها فتح التاء وضم الجيم والثانية ضمهما معا بجعل التاء تابعة للجيم والثالثة فتحهما بجعل الجيم تابعة للتاء بحر عن المصباح (قوله اذا كان القاضى لا يفهم لغة الشاهد) فلو عرف القاضى لغة الشاهد لم يجز بحر وفى المبسوط ينبغى ان يترجم رجل مسلم ثقة واتخاذه وقع فى الجاهلية والاسلام حموى (قوله والاثنان أحوط) أى فى الكل كما فى العينى أى التزكية والرسالة والترجمة (قوله هذا عندهما) أى الاكتفاء بالواحد فى التزكية لانها خبر وليست بشهادة حقيقة ولهذا لا يشترط لفظة الشهادة عينى (قوله وعند محمد لا يكفى الاثنان) لان محمدا رتب التزكية على مراتب الشهادة فقال يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة زيلعى وعينى ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من القصور وان قوله وعند محمد لا يكفى الاثنان محمول على ما اذا كان المشهود به من الحدود سوى حد الزنا واعلم ان الاكتفاء بالواحد فى الرسالة والترجمة وان كان الاثنان احوط مما الاختلاف فيه بينهم بخلاف محمد فى التزكية فقط حموى قال وخلاف محمد مقيد بما اذا لم يرض الخصم بتزكية الواحد فان رضى جاز اجماعا انتهى (قوله فى تزكية شهود الزنا عند محمد) هذا فى تزكية السر أما فى تزكية العلانية فالاربعة شرط بالاتفاق الى هذا يشير كلام الزيلعى (قوله نوع يثبت بنفسه) أى يثبت حكمه كما فى النهاية (قوله بلا اشهاد) أى من غير احتياج اليه (قوله كالبيع) ولو بالتعاطى فيكون من الافعال فيدخل من يأنى فى الشهادة على الشراء لان الحكم بالشراء من جهول لا يصح بحر عن البزازية (قوله ... الا بالاشارة

وعن ابى يوسف ومحمد انه يجوز تزكية
ان كان عدلا (والواحد يكفى للتزكية
والرسالة) من القاضى الى المزكى
(والترجمة) بفتح الجيم اذا كان
القاضى لا يفهم لغة الشاهد والاثنان
احوط هذا عندهما وعند محمد لا يكفى
الاثنان وقد قالوا يشترط الاربعة فى
تزكية شهود الزنا عند محمد واعلم ان
ما يتحمله الشاهد على نوعين نوع
يثبت بنفسه بلا اشهاد كالبيع ونحوه
فاذا سمع الشاهد البيع

والمضاربة والهبة والشركة (قوله والاقرار) ولو بالكتابة فيكون مرئيا در (قوله وحكم الحاكم) اطلقه
فعم القولي والفعلي فان كان الاول فمن المسموع وان كان الثاني فمن المرئي (قوله وان لم يشهد عليه) لانه
عاين السبب فوجب عليه الشهادة به عيني ولو ابدل المؤلف قوله وان لم يشهد عليه بقوله ولو قال له
لا تشهد على لكان افود لما في الخلاصة لو قال المقر لا تشهد علي بما سمعت يسعه الشهادة انتهى فيعلم حكم
ما اذا سكت بالاولى بحر قال وعن الحسن بن زياد انه اذا قال له لا تشهد على لا يشهد عليه (قوله لف ونشر)
أي مرتب وانما يكون البيع من قبيل المسموع اذا صدر بالعقد أما اذا كان بالتعاطي فلا وكذا الحكم اذا
كان قوليا أما اذا كان بالفعل فلا ولعل هذا هو السر في اطلاق الشارح اللف والنشر حموي (قوله ولو
شهد بعد وضعه القاضي لا يقبل) حقه ان يكون مؤخرا عن قوله الا اذا دخل البيت وعلم الخ كما في الزيلعي
والعيني والدرر (قوله ولهذا قالوا اذا سمع الرجل صوت امرأة الخ) في جامع الفصولين حسرت يعني عن
وجهها وقالت انا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري فلا يحتاج الشهود الى شهادة عدلين انها
فلانة بنت فلان ما دامت حية اذ يمكن الشاهدان يشير اليها فان ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة
عدلين بنسبها وقال قبله لو اخبر الشاهد عدلان ان هذه المقرة فلانة بنت فلان يكفي هذا للشهادة على
الاسم والنسب عندهما وعليه الفتوى فان عرفها باسمها ونسبها عدلان ينبغي للعدلين ان يشهدا الفرع
على شهادتهما فيشهد عند القاضي بالاسم والنسب أو بالحق اصالة بحر فتحصل منه ان الفتوى على
عدم اشتراط رؤية وجه المرأة وفيه عن العيون رجل خبأ قوما لرجل ثم سأله عن شيء فأقر وهم يسمعون
كلامه ويرونه وهو لا يراهم جازت شهادتهم وان لم يروه لا يحل لهم الشهادة انتهى (قوله وشهد عنده اثنان
الخ) اطلقه فشمل تعريف من لا تقبل شهادته لها كالاب والزوج وبه صرح في جامع الفصولين شرنبلالية
قال وصحة الشهادة على المنتقبة قال به بعض مشايخنا عند التعريف (قوله لا يجوز ان يشهد عليها)
الا اذا رأى شخصها حال اقرارها فحينئذ يجوز ان يشهد على اقرارها بشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها
شرنبلالية (قوله ونوع لا يثبت حكمه) كالشهادة على الشهادة فانها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد (قوله
ما لم يشهد عليه) قيد في النهاية بما اذا سمعه في غير مجلس القاضي فلو فيه جاز وان لم يشهد شرنبلالية
عن الجوهرة وتبع الفقه تصوير صدر الشريعة وغيره الخ الدرر ولو قال كما في الهداية ما لم يشهد عليها لكان
أولى من قوله عليه لما في البحر عن الخزانة لو قال اشهد على بكذا أو شهد على ما شهدت به كان باطلا ولا بد
ان يقول اشهد على شهادتي وانما توقف على الاشهاد لان الشهادة ليست موجبة بنفسها وانما تصير
موجبة بعد النقل الى مجلس القضاء فيشترط فيه التحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته
لا ينبغي له ان يشهد لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان
يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه زيلعي ولا بد من قبول التحمل وعدم النهي بعده كما في الدر
فليس له ان يشهد بعد از دا النهي قيد بالشهادة على الشهادة لان الشهادة بقضاء القاضي صحيحة
وان لم يشهدهما القاضي عليه لان القضاء حجة ملزمة فحل له ان يشهد بها وفي البحر عن شرح أدب القضاء
ضاع سجل من ديوان القاضي فشهد كاتب عنده انه امضى ذلك فان القاضي يقبله الخ (قوله فلا يجوز
للشاهد اذا رأى خطه الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط ان يكون عالما
ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لانه يحتمل التزوير عيني واعلم انه
لا يجوز القضاء بالخط وان كان بين الخطين تشابه وهو الصحيح خلافا لما في فتاوى قارى الهداية قال في شرح
التنوير أخرج المدعي خط اقرار المدعى عليه فأنكر كونه خطه فاستكتب فكتب وبين الخطين مشابهة
ظاهرة على انهما خط واحد لا يحكم عليه بالمال هو الصحيح خانية واعتمده في الاشباه لكن في شرح الوهبانية
لو قال هذا خطي لكن ليس على هذا المال ان كان الخط على وجه الرسالة مصدرا معنونا لا يصدق ويلزم
بالمال ونحوه في الملتقط در (قوله الا ان يتذكر الحادثة) وان لم يعرف مكان الشهادة ووقتها بحر عن

والاقرار وحكم الحاكم او رأى الغصب
والقتل وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه
والبناء (قوله او سمع) وحكم الحاكم
اوراى كالبيع والاقرار (وان لم يشهد عليه)
والغصب والقتل وان كان من وراء الحجاب
فيه لف ونشر ولو سمع من وراء الحجاب
لا يجوز له ان يشهد ولو شهد به وفسره
القاضي لا يقبل الا اذا دخل البيت
وعلم انه ليس فيه غيره ثم خرج وجلس
على الباب وليس للبيت مسلك غيره
فسمع اقرار من في البيت ولا يراه
فحينئذ يحل له ان يشهد على اقراره
ولهذا قالوا اذا سمع الرجل صوت امرأة
من وراء الحجاب وشهد عنده اثنان انها
فلانة بنت فلان لا يجوز ان يشهد عليها
كذا في الذخيرة ونوع لا يثبت حكمه
بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا
سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز للسامع ان
يشهد على شهادته الا ان يشهده عليه
اشار بقوله (ولا يشهد على شهادة
غيره ما لم يشهد عليه ولا يعمل شاهد
وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا)
فلا يجوز للشاهد اذا رأى خطه ان
يشهد الا ان يتذكر الحادثة وكذا
القاضي اذا وجد في ديوانه اقرار
رجل لرجل بحق من الحقوق وهو
لا يتذكر الحادثة لا يحكم بذلك وكذا
اذا وجد شهادة رجل يشهد لرجل
على رجل آخر بحق من الحقوق وهو
لا يتذكر ذلك لا يحكم بذلك ولا ينفذه
وكذا الراوي اذا لم يتذكر
حتى يتذكر لا يحل له الرواية
روايته

الملتقط (قوله قيل هذا قول أبى حنيفة) يفهم منه ان كون هذا قول الامام فيه خلاف حموى (قوله وقالا له ان يشهد الخ) ظاهر كلام الشارح ان أبا يوسف مع محمد حتى فى الشهادة ويخالفه ما فى الزيلعى والعينى والبحر من ان أبا يوسف جوز العمل بالخط اذا تيقن انه خطه للراوى والقاضى دون الشاهد ولهذا قال السيد الحموى فيه ان أبا يوسف مع أبى حنيفة فى الشهادة ومع محمد رحمه الله فى القضاء والرواية انتهى ويمكن دفع التخالف باختلاف النقل عن أبى يوسف وجه الفرق ان خط القاضى والراوى محفوظ تحت أيديهما فى قمطرهما فقد أمن عليه من التغيير والتبديل ولا كذلك خط الشاهد لكونه فى يد الخصم والقمطر ما تصان فيه الكتب بكسر القاف وفتح الميم وتسكين الطاء ولا يقال بالتشديد وينشد

ليس بعلم ما يعى القمطر * ما العلم الا ما وعاه الصدر

ومحل الخلاف فى القاضى اذا وجد قضاءه مكتوبا عنده واجمعوا ان القاضى لا يعمل بما يجده فى ديوان قاض آخر وان كان مختوما بحر عن الخلاصة (قوله اذا علم انه خطه) جزم فى البزازية بانه يفتى بقول محمد الا اذا بين للقاضى انه يشهد اعتمادا على الخط لا عن علم بحر وقدمنا انه يعمل بدفتر البياع والصراف والسمسار ورأيت بخط شيخنا عن خزانة الاكمل صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم ثم مات فجاء غريمه يطالب من الورثة وعرض خط الميت فعرف الناس خطه يحكم بذلك فى تركته ان اثبت انه خطه وقد جرت العادة بمثله انتهى واستشكله الطرسوسى ونقل استشكاله عن والده أيضا بان الاصحاب انكروا على مالك فى قبول الشهادة على الخط وقالوا ان الخط يشبه الخط وهنا لم يعتبر واهذا الخ (قوله ولا يشهد بما لم يعاينه الخ) شروع فى الكلام على ما تجوز الشهادة به بالتسامع وهى عشرة كما فى الدر عن شرح الوهبانية منها العتق والولاء عند أبى يوسف والنسب والموت والنكاح والمهر على الاصح ووجهه كما فى البحر انه من توابع النكاح فكان كأصله والدخول بزوجته وولاية القاضى وأصل الوقف قيل وشرائطه على المختار كما مر فى بابه وأصله كل ما تعلق به صحته وتوقف عليه والا فمن شرائطه انتهى (تتمة) الاوقاف اذا انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرائط ومصارف يسلك بها ما كانت عليه فى دواوين القضاة بحر عن الفتح (قوله الا النسب) والحاصل ان الشهود اذا شهدوا بنسب فان القاضى لا يقبلهم ولا يحكم به الا بعد دعوى مال الا فى الاب والابن كما فى البحر وأراد بدعوى المال النفقة أو الارث شيخنا (قوله والموت) ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين كون الميت مشهورا او لا وقيده فى المعراج بان يكون عالما أو من العمال أما اذا كان تاجرا أو نحوه فانه لا يجوز الا بالمعاينة والقتل كالموت كما فى الخلاصة وغيرها لكن بالنسبة لاعتداد المرأة وتزوجها اذا أخبرت بقتله لا لثبوت القصاص وأشار المؤلف الى ان المرأة تعمل بالسماع ففى البزازية قال رجل لامرأة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا واذا لم يعاين الموت الا واحد فالحيلة ان يخبر بذلك عدلا مثله اذ لو شهد هو وحده لا يقضى القاضى بشهادته وحده فاذا سمع العدل منه ذلك حلت له الشهادة فيشهدان معا ويقضى بشهادتهما بحر وظاهر قول الشارح وقيل يكتفى فى الموت باخبار واحد الخ ان المذهب فى الموت عدم الاكتفاء بالواحد وصححه فى الظهيرية كما فى البحر لكن نقل بعده عن الفتح ان المختار الاكتفاء بالواحد فى الموت والعدالة انما تشترط فى المخبر فى غير المتواتر ففى المتواتر لا تشترط العدالة ولا لفظ الشهادة والمراد بقوله من يثق به غير الخصم كما فى البحر وفى الدر عن شرح الوهبانية لابد وان لا يكون المخبر متهما كوارث وموصى له انتهى (تتمة) شهد رجل بالموت وآخر بالحياة فالمرأة تأخذ بقول من كان عدلا منهما سواء كان العدل اخبر بالحياة أو الموت ولو كانا عدلين تأخذ بقول من يخبر بالموت حموى عن فتاوى رشيد الدين (قوله اذا أخبره الخ) يدل على ان لفظة الشهادة ليست بشرط فى الكل أما الذى يشهد عند القاضى فلا بد من لفظها بحر (قوله والقياس ان لا تجوز الخ) لانها بلا علم ولا مشاهدة وجه الاستحسان ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون والاعصار فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع

قيل هذا قول ابى حنيفة وقالا له ان يشهد ونفى ويروى اذا علم انه خطه على الحقيقة (ولا يشهد بما لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى واصل الوقف فله ان يشهد بها اذا اخبره بها) اى الشاهد (من يثق به) استحسانا والقياس ان لا تجوز الشهادة بالتسامع فى شئ

لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام عيني (قوله ويشترط فيها ان يخبره رجلان الخ) ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة زيلعي وفيه بحث لان كلامه هنا يفيد ان المذهب الاكتفاء بالواحد في الموت مع ان قوله قبل ذلك لو قيل في الموت يكتفى بواحد عدل يفيد انه خلاف المذهب شرنبلالية (قوله وقيل يكتفى بالموت باخبار واحد) بالنسبة للشهادة اما القضاء فلا بد له من شهادة اثنين بدليل قولهم ولا يحضر الموت الا شخص واحد وارادا ان يشهدا بموته عند الحاكم ثم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم شهدا بذلك عند الحاكم كما سبق (قوله في أصله) لانه هو الذي يشتهر عيني ولانه يبقى على الاعصار بحر (قوله دون شرائطه) هو الصحيح كما في البحر عن البزازية وفيه عن الفصول العمادية المختار ان لا تقبل الشهادة بالشهرة على شرائط الوقف ثم نقل عن المجتبى ما نصه المختار ان تقبل على شرائط الوقف قال واعتمده في المعراج وقواه في فتح القدير الخ والحاصل ان اختيار قبول الشهادة بالشهرة على الشرائط غير محكي في كلام صاحب البحر بقيل المشعر بالضعف خلافا لمن عزا ذلك اليه نعم حكاه في الدرر بقيل لكن لم يعزه للبحر فلو عزا ما حكاه بقيل للدرر لكان صوابا (تتمة) اختلفوا في قبول شهادة أهل المحلة بوقف المسجد وشهادة الفقهاء على وقف المدرسة وهم من أهل تلك المدرسة والمعتمد القبول بحر (قوله وعن أبي يوسف انه يجوز) لان الولاء بمنزلة النسب ولنا انه يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما يبتنى عليه وذكر شمس الأئمة السرخسي ان الشهادة بالعتق يعني بالتسامع لا تقبل بالاجماع وذكر الخاراني ان الخلاف ثابت فيه أيضا الخ زيلعي بقي ان يقال ما جعله الشارح والزيلعي رواية عن أبي يوسف مخالف لما في الشرنبلالية عن شرح المجمع معزيا للمحيط حيث قال وعند أبي يوسف آخرا تقبل الشهادة على الولاء بالسماع انتهى (قوله أي لذي اليد) لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك ثم اعلم انه انما يشهد بالملك لذي اليد بشرط ان لا يخبره عدلان بانه لغيره فلو اخبره لم تجز له الشهادة بالملك له كما في الخلاصة وأشار المؤلف الى ان القاضي لو رأى عينا في يد رجل فانه يجوز له القضاء بالملك كما في الخلاصة والبزازية قال في البحر وبه ظهر ان قول الزيلعي ان القاضي لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه في يد انسان سهو الا ان يحمل ما قالوا لو رأى شيئا في يد انسان ثم رآه في يد غيره فانه لا ينتزع منه أي من غيران يدعيه الاول فما في الفتاوى فيما اذا ادعاه المالك وما في الزيلعي فيما اذا لم يدعه انتهى ورده العلامة المقدسي بانه لا سهو في كلام الزيلعي ومراده ان القاضي لا يقضي به قضاء محكما بحيث لو ادعى الخصم لا يقبل منه بدليل ما صرح به قبيل هذا في اول القولة بانه يقضي به قضاء ترك بمعنى انه يترك في يد ذي اليد ما دام خصمه لا حجة له حموي واقول لا حاجة الى تكلف ابداء وجه التوفيق ودفع المعارضة لان المسئلة مختلف فيها فما في الزيلعي يبتنى على قول المتأخرين من ان القاضي ليس له ان يقضي بعلمه وهو المفتى به وما في الخلاصة والبزازية يبتنى على مقابله (قوله اذا وقع في قلبه الخ) ليحصل له نوع علم او غلبة ظن ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه ان يشهد له عيني (قوله وقال الشافعي الخ) لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا تمتاز الا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متنوع الى وكالة واصالة وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال ان البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكينونتها في يد غيرهم عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له القاضي باليد قضاء ترك زيلعي (قوله وبه قال بعض مشايخنا) المراد به الخصاف زيلعي كذا قيل واقول عبارة الزيلعي وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف فليس في عبارة الزيلعي ما يعين كون المراد ببعض المشايخ في كلام الشارح هو الخصاف اذ لا مانع من ان يكون بعض المشايخ غير الخصاف قال به أيضا فالصواب ابدال قوله المراد به الخ بقوله كالخصاف (قوله وأما العبد

الخ)

ويشترط فيها ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان وقيل يكتفي في الموت باخبار واحد او واحدة واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه وكان الامام ظهير الدين المرغيناني يقول لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا بان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او نحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في الشهادة لا تقبل شهادتهم والمراد باصل الوقف ان يشهدوا ان الضيعة وقف على كذا اما الشرائط فالمصرف داخل فيه ومعنى قوله دون شرائطه اي بعد ما ذكروا ان هذا وقف كذا في الذخيرة على كذا الا ينبغي لهم ان يذكروا كذا حتى يبدأ من غلته فيصرف الى كذا حتى لو قالوا ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم تخصيص الاستثناء على هذه الاشياء الستة اشارة الى انه لا يجوز ان يشهدوا بالتسامع في غيرها كالولاء وعن ابي يوسف انه يجوز (ومن في يده شيء سوى الرقيق لك ان تشهد انه له) اي لذي اليد ان يشهد بالملك ان وقع في قلبه انه له ولا يحل له ان يشهد بالملك وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا واما العبد والامة

الخ) مقصوده من هذا تقييد اطلاق المصنف حموى (قوله فكذلك يحل) لان الرقيق او الصغير الذى لا يعبر عن نفسه يكون فى يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال زيلعى (قوله وان كانا كبيرين او صغيرين الخ) صريح فى ان المراد بالكبير البالغ وهو خلاف ما نقل فى البحر عن النهاية من ان المراد بالكبير فى كلامهم هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغا أولا انتهى فلو قال الشارح وان كانا كبيرين يعبران عن انفسهما الخ وحذف قوله أو صغيرين لكان اولى (قوله فذلك مصرف الاستثناء) لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادّعى انه حر الاصل كان القول قوله ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لان الحر يستخدم أيضا طائعا كالعبد عينى (قوله وعن أبى حنيفة وأبى يوسف الخ) موفق لما فى الزيلعى عن الكافى قال وفى الهداية جعل ذلك عن أبى حنيفة يعنى فقط (قوله انه يحل له) لان اليد دليل الملك مطلقا الاترى ان من ادّعى رقيقا فى يد غيره وذو اليد يدّعيه لنفسه كان القول لذى اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه زيلعى (قوله ثم المسئلة الخ) وهى شهادته بالملك لمن فى يده شئ سوى الرقيق حموى (قوله حل له ان يشهد استحسانا) لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا الضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز أصلا ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا عينى تبعا للزيلعى وعزاه فى البحر الى النهاية ونقل عن فتح القدير انه تعقبه بان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضى لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك فى الضيعة انتهى (قوله لا يسعه ان يشهد) لانه لم يحصل العلم بالمحدود وهو شرط لشهادة عينى ولو عاين دابة تتبع دابة وترضع له ان يشهد بالملك والنتاج بحر عن البزازية (قوله وان فسر للقاضى الخ) وفى الدرر عن العزمية بالعزو الى الخانية معنى التفسير ان يقول لا شهدنا لانا سمعنا من الناس اما لو قالا انا لم نعاين ذلك ولكنه اشتهر عندنا جازت فى الكل وصححه شارح الوهبانية انتهى (قوله لا تقبل) لانه اذا أطلق يقع فى قلب القاضى صدقه فتكون شهادته عن علم ولا كذلك اذا فسر وقال سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد درر عن الكفاية ولهذا قالوا ينبغى للشاهد بالتسامع ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسرها والمرسل من الاخبار هو ان يترك الواسطة التى بينه وبين الرسول ويقول قال رسول الله كذا بخلاف المسند كذا بخط شيخنا ورأيت بخطه أيضا ما منه يستفاد ان المرسل عند المحدثين ما حذف منه آخر السند وهو الصحابى وفى اصطلاح الاصوليين هو الذى حذف منه السند بتمامه وفى هذا المقام كلام يعلم بالرجوع لمحله كالفية العراقى وشرحها (قوله وفى صورة الموت ولو قف الخ) على الاصح كما فى التنوير ويزاد النكاح والنسب على أحد القولين ظهيرية كذا قيل وأقول ظاهر قوله على احد القولين انهما على حد سواء وليس كذلك اذ عبارة الظهيرية ظاهرة فى ترجيح عدم القبول ولفظها على ما وجدته بخط السيد الحموى لو شهد على النكاح والنسب وفسر وقال انى سمعت ذلك من قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب لا تقبل شهادته وقال بعضهم تقبل انتهى فلو نقل العبارة برمتها ولم يتصرف لكان اولى (قوله حتى لو فسر للقاضى قبل تفسيره فتقبل شهادته لان ذلك يزيد القاضى علما وهو لم يشهد الا بما علم فيوجب قبولها عينى

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما قال فيلت اقول حملته على الصدق بحر عن المصباح لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع شهادته ومن لا تسمع وقدم ذلك على هذا لانه محل الشهادة والمحال شروط والشرط مقدم على المشروط حموى والمراد من يجب قبول شهادته على القاضى ومن لا يجب لا من يصح قبولها

ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك يحل للراوى الشهادة وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك يحل وان كانا كبيرين أو صغيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء وعن ابى حنيفة وأبى يوسف انه يحل له ان يشهد فيهما أيضا ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة ثم رآه فى يد الآخر فجاء الاوّل وادّعى الملك وسعه ان يشهد للاوّل بالملك وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان ابن فلان الفلانى وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا وان لم يعاين الملك والمالك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان ابن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد (وان فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع) وفى صورة الموت والوقف (او بمعاينة اليد لا تقبل) وهو الصحيح وفى صورة الموت والوقف لو فسر تقبل اذا اسند الى من يثق به (ومن شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبل (باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ولا تقبل شهادة الاعمى) مطلقا سواء كان بصيرا وقت التحمل اولا وسواء كان فيما يجرى فيه التسامع اولا

أولا يصح لان القضاء بشهادة الفاسق يصح بخلاف العبد والصبي والزوجة والولد لابيه وعكسه لكن في خزانة المفتين قضى بشهادة الاعمى او المحدود في القذف اذا تاب او بشهادة احد الزوجين مع آخر او بشهادة الوالد لولده او عكسه نفذ حتى لا يجوز للثاني ابطاله وان رأى بطلانه انتهى فالمراد من عدم القبول عدم حله بحر (قوله وقال زفر الخ) لان الحاجة في هذه الاشياء الى سمعه وهو صحيح لا آفة به عيني واختاره في الخلاصة وعزاه الى النصاب جازما به من غير ذكر خلاف بحر (قوله وقال أبو يوسف والشافعي اذا تحمل الشهادة وهو بصير الخ) لحصول العلم بالمعاينة وهو في الحفظ والاداء كالبصير فلم يفته الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة فكان فيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه لضرورة اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة زيلعي بقي ان يقال بماذا يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد في ذلك غير مقبول وقول المدعي كذلك والمدعى عليه منكر للشهود به أصلا قالوا يتصور ذلك فيما اذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمي او كان القاضي يعرف الوقت الذي عمي فيه وتاريخ الدعوى سابق على ذلك حموي عن النهاية (قوله وقال مالك تقبل شهادته مطلقا) أي سواء شهد بما يجري فيه التسامع ام لا وهذا مخالف لما في شرح المجمع لمصنفه حيث قال ان مذهب مالك كزفر فالموافق لما في شرح المجمع لمصنفه ان يكون مذهب مالك قبول شهادة الاعمى فيما يجري فيه التسامع لا مطلقا خلافا لما ذكره الشارح الى هذا أشار بعضهم واقول مبنى هذه المخالفة قول الشارح وغيره كالزيلعي والعيني وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وهو مخالف لما في شرح المجمع لابن فرشته معزيا بالذخيرة حيث قال ان شهادة الاعمى فيما يجري فيه التسامع تقبل بلا خلاف والخلاف فيما لا تجوز فيه الشهادة بالتسامع انتهى فاستفيد من كلام ابن فرشته ان زفر يقول بالقبول مطلقا سواء شهد بما يجري فيه التسامع ام لا فتحصل من كلامهم ان النقل عن زفر قد اختلف وكذا عن مالك أيضا اذ ما عزاه الشارح لمالك من القبول مطلقا على انه قول مالك وان كان موافقا للزيلعي لكن جعله العيني رواية عنه بعد ان ذكر اولا ما نصه وقال زفر تقبل فيما يجري فيه التسامع وبه قالت الثلاثة الخ اذا علمت هذا ظهر انه لا وجه للاعتراض على الشارح بكلام شرح المجمع (قوله وعند أبي يوسف لا يمتنع الخ) لانها أديت بشرائطها وقبلت فيقضى بها كما لو مات الشاهد بعد الاداء او غاب وقالا لا يقضى بها لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لانها تصير حجة عنده وقد فاتت كما لو جن او خرس او فسق بخلاف الموت لان الاهلية تستقر به ولا تبطل والشيء بانتهائه يتقرر وبخلاف الغيبة لانها لا تنافي الاهلية كذا في شرح المجمع لابن فرشته واعلم ان الشارح لو اقتصر في عزو قبول شهادة الاعمى الى أبي يوسف على ما اذا كان بصيرا وقت التحمل لعلم قبولها عنده في الوجه الثاني بالاولى قال شيخنا وما ذكره صدر الشريعة حيث قال وقول أبي يوسف اظهر ترجيح لقول أبي يوسف فيما اذا تحمل وهو بصير وادى وهو اعمى وفيما اذا ادى وهو بصير فعمي قبل القضاء (قوله والمملوك والصبي) والاخرس والمغفل والمجنون الا في حال الصحة بحر اطلق في الصبي فشمل ما في الدرر من عدم قبول شهادة الصبيان فيما يقع في الملاعب قال ولا شهادة النساء فيما يقع في الحمامات وعزاه الى البزازية والشرنبلالية قال لكن في الحاوي تقبل شهادة النساء وحدهن في القتل في الحمام بحكم الدية كيلا يهدر الدم انتهى والخنثى المشكل كالانثى لانه يعامل بالاضر وانما لا تقبل شهادة المملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فأولى ان لا يكون لهما الولاية على غيرهما وعن أحمد تجوز شهادة المملوك وعن الخرقي تجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود وقال البخاري في صحيحه وقال الحسن رحمه الله شهادة

العبد

وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة
تقبل فيما يجري فيه التسامع وقال
أبو يوسف والشافعي اذا تحمل الشهادة
وهو بصير ثم اداها وهو اعمى تقبل
وقال مالك تقبل شهادته مطلقا ولو عمي
بعد الاداء قبل القضاء يمتنع القضاء
عندهما وعند أبي يوسف لا يمتنع بل
يقضى بها (ع) لا تقبل شهادة
(المملوك) مطلقا سواء كان قنا او
مكاتبا او مدبرا (زاهدي)

العبد جائزة اذا كان عدلا واجازه شريح و زرارة بن اوفى عينى لكن قوله وقال البخارى وقال الحسن مخالف لما فى الفتح والاتقانى والذى فيهما بدل قوله وقال الحسن وقال أنس والخزفى بفتحتين الى قرية بمرو وبالكسر الى بيع الخزف والثياب شيخنا عن اللب واعلم ان الولاية المنفية عن المملوك والصبى هى الولاية العامة فلا يرد انهما يصلحان وكيلين ولا شك ان للوكيل ولاية على الموكل لان هذه ولاية خاصة والمنفية العامة (قوله خلافا لمالك فيهما) ظاهره قبول شهادة الصبى عند مالك مطلقا وليس كذلك بل فيما لا يحضره الا الصبيان كما فى العينى (قوله الا ان يتحملا الخ) ولو لمعتقه در و بحر يعنى تحملها السيده وهو رقيق فأدّاها بعد العتق يجوز (قوله والبلوغ) وكذا بعد ابصار واسلام وتوبة فسق وطلاق زوجة لان المعتبر حال الاداء وفى البحر متى حكم بردّه لعلة ثم زالت فشهد فيها لم تقبل الا فى أربعة عبد وصبى وأعمى وكافر على مسلم وادخال الكمال احد الزوجين مع الاربعة سهو درفعلى هذا لا تقبل شهادة الزوج بعد ردّها ولو بعد الطلاق بقى ان يقال مقتضى قوله فى الدر وطلاق زوجته انه اذا تحمل الشهادة حال قيام الزوجية لزوجته ثم أدّاها بعد الابانة تقبل ولو قبل انقضاء العدّة وليس كذلك فيحمل على ما بعد انقضاء العدّة والقرينة على هذا الحمل ما سيصرح به حيث عز اللقنية ما نصه طلقها ثلاثا وهى فى العدّة لم تجز شهادته لها ولا شهادتها له الخ وما فى الصغرى مما يشير الى جواز الاداء بعد الابانة ولو قبل انقضاء العدّة استدرك عليه فى الشرنبلالية بما ذكره الكمال عن المحيط لا تقبل شهادته لمعتدّته من رجعى ولا بائن لقيام النكاح فى بعض الاحكام انتهى قال فيمكن حمل الابانة فى كلام الفتاوى الصغرى على انقضاء العدة جمعا بينهما انتهى (تتمة) شهد لها ثم تزوّجها بطلت درعن الخانية وقوله ثم تزوّجها يعنى قبل القضاء بالشهادة (قوله والمحدود فى قذف) لان الرد من تمام الحد بالنص والاستثناء منصرف الى ما يليه وهو وأولئك هم الفاسقون در وفى المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد و روى عنه انها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر و روى عنه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته عينى واعلم ان الضمير فى لهم من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا عائد الى المحدودين وعند الشافعى الى القاذفين العاجزين عن الاثبات فلو لم يحد تقبل شهادته عندنا خلافا له بحر ولو أقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة فى الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته زيلعى بخلاف ما لو أقام البينة على اقرار المقذوف بالزنا حيث لا يشترط ان يكونوا أربعة حتى لو شهد رجلان او رجل وامرأتان انه أقر بالزنا بعد ما حد القاذف تعود شهادته فلو قال المؤلف والمحدود فى قذف وان تاب ان لم تقم بينة على صدقه لكان اولى بحر وفيه عن البدائع كل فاسق تاب عن فسقه قبلت توبته وشهادته الا اثنين المحدود فى قذف والمعروف بالكذب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف صدقه من توبته بخلاف الفاسق اذا تاب عن سائر انواع الفسق فان شهادته تقبل انتهى واعلم ان الاستثناء فى كلام البدائع من قبول الشهادة لا من قبول التوبة بدليل قوله بخلاف الفاسق اذا تاب الخ فتوبة المحدود فى القذف والمعروف بالكذب مقبولة عند الله تعالى لكن لا تقبل لهما شهادة (قوله فحينئذ تقبل) وان ضرب اكثره بعد اسلامه على الظاهر لان للكافر شهادة فكان ردها من تمامه وبالاسلام حدث شهادة أخرى والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة فالاسلام لا يسقط حد القذف وهل يسقط شيئا من الحدود وقال قارى الهداية اذا سرق الذمى او زنى ثم أسلم فان ثبت ذلك عليه باقراره او شهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد وان ثبت بشهادة أهل الذمة فأسلم سقط عنه الحد انتهى قال فى البحر و ينبغى ان يكون كذلك فى حد القذف وفى اليتيمة الذمى اذا وجب التعزير عليه فأسلم لا يسقط عنه ولم أر حكم الصبى اذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ ونقل الرازى عن الشافعى سقوطه لزجره بالبلوغ ومقتضى ما فى اليتيمة انه لا يسقط الخ (قوله وقال الشافعى تقبل شهادته اذا تاب) بناء على ان الاستثناء من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا قلنا انه مستثنى من قوله وأولئك هم الفاسقون دل على

خلافا لمالك فيهما (الا ان يتحملا
فى الرق والصغر واديا بعد الحرية
والبلوغ و) لا تقبل شهادة (المحدود
فى قذف وان تاب الا ان يحد الكافر
فى قذف ثم اسلم) فحينئذ تقبل شهادته
وقال الشافعى تقبل شهادته اذا تاب
وفى المحدود فى غير القذف تقبل
شهادته ان تاب وانما قيد بالكافر
لانه لو حد العبد المسلم فى قذف

ذلك ذكر التأبيد في النهي عن قبول الشهادة فلو قبلت بعد التوبة لضاع ذكر التأبيد (قوله ثم عتق ترد شهادته) لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد العتق أما الكافر فهو من اهل ان يشهد على مثله فان قلت ما المراد بالشهادة المذكورة في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا الشهادة القائمة او الحادثة ان كان المراد القائمة ينبغي ان لا تقبل شهادته على أهل الذمة بعد الاسلام وان كان الحادثة ينبغي ان لا تقبل شهادته على المسلمين وتقبل شهادته لاهل الذمة وعليهم قال الشيخ شاهين قلت هذا سؤال خاتمة المحققين صدر الشريعة وأجاب عنه الاستاذ الصلاحي بان المراد أعم من ذلك كله لكونه نكرة في حيز النفي لكن الاسلام يجب ما قبله (قوله والولد) ولو من وجه فلا تقبل شهادة ولد الملاعنة لاصوله او هوله أو لفروعه لثبوت نسبه من وجه بدليل صحة دعوته ولهذا تحرم مناكحته ووضع الزكاة فيه فأحكام البنوة ثابتة من الطرفين الا الارث والنفقة كولد العاهر وولد أم ولد نفاه سيدها لا يشهد له ولا يعطيه زكاته بحر عن المحيط البرهاني وفيه عن الولوالجية وتجوز شهادة الابن على أبيه بطلاق امرأته اذا لم تكن لامه اولضرتها لانها شهادة على أبيه وان كان لامه اولضرتها الا تجوز لانها شهادة لامه انتهى وقوله وان كان لامه الخ يعني وكانت الام تدعي اذ لو كانت تجحد قبلت يدل عليه ما صرح هو به معزيا للولوالجية أيضا حيث قال وفيه عن رجل شهد عليه بنوه انه طلق أمهم ثلاثا وهو يجحد فان كانت الام تدعي فالشهادة باطلة وان كانت تجحد فالشهادة جائزة لانها اذا كانت تدعي فهم يصدقونها فيما تدعي و يعيدون البضع الى ملكها بعد ما خرج وأما اذا كانت تجحد فيشهدون على امهم وأوردان الشهادة بالطلاق شهادة بحق الله تعالى فوجود دعوى الام وعدمها سواء لعدم اشتراطها وأجيب بانه مع كونه حق الله تعالى فهو حقها أيضا فلم تشترط الدعوى للاول واعتبرت اذا وجدت مانعة من القبول للثاني عملا بهما وقيد بالشهادة لهم لان الشهادة على أصله وفرعه مقبولة الا اذا شهد الجد على ابنه لابن ابنه فانها لا تقبل لوجود المانع في المشهود له الا اذا شهد لابن ابنه بالابنية على أبيه لانه لم يصر جدا حين شهد عليه بل بعد حكم الحاكم بموجب الشهادة والشيء لا ينفي موجب نفسه بحر عن المحيط (قوله لابويه الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه قال العيني ولو قال والفرع لاصله وبالعكس او لولد لابائه وأمهاته لكان اولى (تتمة) روى ان الحسن بن علي شهد لعلي مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن قال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة في الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر الى آخر القصة وفيها فاستحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة زيلعي ومعنى كونهما سيدي شباب أهل الجنة في الجنة أنهما تميزا في حال شبابهما بل صغرهما بفضائل عمن هو في سنهما ابن حجر على الهمزية وقنبر بفتح القاف والباء كما في البحر وأما قنبر بضم القاف فهو جد سيبويه ذكره الذهبي في مشتبه الاسماء والانساب وفي تقريب التهذيب للحافظ ابن حجر شريح ابن الحارث بن قيس الكوفي النخعي القاضي أبو امية ثقة وقيل له صحبة مات قبل الثمانين او بعدها وله مائة وثمان سنين او اكثر يقال حكم سبعين سنة انتهى شيخنا (قوله وعكسه) بالرفع على انه مبتدأ محذوف خبره عيني (قوله وأحد الزوجين للآخر) ولو في عدة الثلاث كما في التنوير والمعتبر في المنع الزوجية عند القضاء لا عند التحمل والاداء كما في الدرر وأما في باب الرجوع في الهبة فهي مانعة وقت الهبة لا وقت الرجوع فلو وهب لاجنبية ثم نكحها فله الرجوع بخلاف عكسه وفي باب اقرار المريض تعتبر الزوجية وقت الاقرار فلو أقر لاجنبية ثم نكحها ومات وهي زوجته صح وفي باب الوصية تعتبر الزوجية وقت الموت لا وقت الوصية وأطلق في الزوجة فشمل الامة لان لها حقا في المشهود به ولو شهد أحدهما على صاحبه يجوز الا في مسئلتين قذفها ثم شهد عليها بالزنا مع ثلاثة

ثم عتق ترد شهادته (و) لا تقبل شهادة (الولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للآخر والسيد لعبده) مطلقا سواء كان عليه دين اولا (او مكاتبه)

الثانية شهد الزوج وآخر بانها اقرت بالرق لفلان وهو يدعى لم تقبل كذا فى البحر وهو ظاهر فى ان
المسئلة الثانية لا ارتباط لها بالقذف خلافا لما يتوهم من كلام بعضهم (قوله ومالك مخالفنا الخ) لا مخالفة
بيننا وبينه فى هذا كما اخبرنا به الثقة من أهل مذهبه شيخنا (قوله أما شهادة احد المفاوضين الخ) قال السيد
الحموى وانظر هل شركة الملك كشركة العنان والمفاوضة انتهى وأقول قال فى البحر واطلقه فشمل شركة
الاملاك وشركة العقود عنانا ومفاوضة ووجوها وصنائع وخصه فى النهاية بشريك العنان قال وأما
شهادة احد المفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا فى الحدود والقصاص والنكاح لان ماعداها مشترك بينهما
وتبعه فى العناية والبناية وزاد فى الفتح على الثلاثة الطلاق والعتاق وطعام أهله وكسوتهم وتعقبه
الزيلعى بانه سهو فانه لا يدخل فى الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا
قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط انتهى
وماذكره فى النهاية هو صريح كلام محمد فى الاصل كما ذكره فى المحيط البرهانى ثم قال وشهادة أحد شريكى
العنان فيما لم يكن من تجارتهما مقبولة لا فيما كان منها ولم يذكر هذا التفصيل فى المفاوضة لان العنان
قد تكون خاصا وقد تكون عاما فاما المفاوضة فلا تكون الا فى جميع الاموال وعلى قياس ماذكره شيخ
الاسلام ان المفاوضة تكون خاصة يجب ان تكون المفاوضة على التفصيل الذى ذكرنا فى العنان انتهى
وكذا لا تقبل شهادة الاجير الخاص لمستأجره مسانهة او مشاهرة أو التابع او التلميذ الخاص الذى يعد ضرر
أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت أى لطالب
معاشه منهم من القنوع أى السؤال لا من القناعة درر وفى البحر تفريعا على ان كل شهادة جرت مغنما
او دفعت مغرما لم تقبل للتهمة قال فلا تقبل شهادة المستأجر للآجر بالمستأجر والمستعير للمعير بالمستعار أما
الاجير العام كالخياط فتقبل ثم قال وهنا مسائل متفرعة على عدم شهادة الشريك الاولى شهدا ان زيدا
أوصى بثلث ماله لقبيلة بنى فلان وهما من تلك القبيلة صحت ولا شئ لهما منها الثانية لو أوصى لفقراء
جيرانه وهما منهم فالحكم كذلك الثالثة لو أوصى لفقراء بيته أو اهل بيته وهما منهم لم تصح ولو كانا غنيين
صحت والفرق بين الاوليين والثالثة انه يجوز فيهما تخصيص البعض منهم بخلاف الثالثة ولو أوصى
لفقراء جيرانه فشهد من له اولاد محتاجون لم تقبل مطلقا فى حق الاولاد وغيرهم والفرق بينهما وبين
أولادهما ان المخاطب لا يدخل تحت عموم خطابه فلم يتناولهما الكلام بخلاف الاولاد فانهم داخلون
تحت الشهادة وانما أدخلنا المتكلم فى مسئلة الشهادة لفقراء اهل بيته باعتبار أنهم يحصون بخلاف فقراء
جيرانه وبنى تميم وذكر قاضيخان لو شهدا ان هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهما منهم جازت
ولو على فقراء قرابته لا قال الناطفى فى الفرق ان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادة لنفسه
لا محالة انتهى وأهل بيت الانسان لا يزول عنهم الاسم لانهم اقاربه الذين فى عياله فلهذا لم تقبل فيها
ولكن يشكل بمسئلة القبيلة فان الاسم عنهم لا يزول مع قبولها ولكن لا يدخلان قال فى البحر ويمكن الفرق
بين الوصية والوقف بما أشار اليه ابن الشحنة وأما شهادة الدائن لمديونه فمقبولة وان كان مفلسا الا بعد موته
فلا تقبل وشاهد الوقف لا تقبل شهادته بما يرجع الى الغلة لان له حقا فى المشهود به فكان متهما وانما
فائدتها سقوط اليمين عن الناظر فلا يحلفه القاضى اذا اتهمه بحر (قوله والمخنث) بالفتح من يفعل الردىء
ويؤتى وأما بالكسر فالذى فى اعضائه وكلامه لين خلقة درر (قوله ولا فرق بين ان تغنى للناس الخ) لحرمة
رفع صوتها بخلاف الرجل فانه لا يمنع شهادته حتى يجتمع الناس به وينبغى تقييده بما اذا ومتها علمه ليظهر
عند القاضى كما فى مدمن الشرب على اللهو ذكره الوانى درر وعينى (قوله فى القول والفعل) الواو بمعنى
او شيخنا فاشار الى ان مجرد التشبه بالنساء فى القول كاف فى رد الشهادة سواء انضم اليه التشبه بهن
فى الفعل ام لا ومافى الهداية من ان المتكسر فى اعضائه المتلين فى كلامه تشبها بالنساء مقبول الشهادة
استدرك عليه الحموى بان التشبه بالنساء حرام قال فليحرر (قوله أى آلته) الظاهر ان يقال آلاته
بصيغة الجمع حتى يطابق المفسر حموى (قوله فى مصيبة غيرها) فلو فى مصيبتها تقبل لاضطرارها

ومالك مخالفنا فى الولد والوالد فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه والشافعى مخالفنا فى احد الزوجين لصاحبه فهو يجوز شهادة احدهما لصاحبه (و) لا تقبل شهادة (الشريك لشريكه) فيما هو من شركتهما او شهد بما ليس من شركتهما تقبل وهذا ظاهر فى شريك العنان اما شهادة احد المفاوضين لصاحبه فى غير الحدود والقصاص والنكاح فلا يجوز كذا فى الذخيرة (و) لا تقبل شهادة (المخنث والنائحة والمغنية) ولا فرق بين ان تغنى للناس او لنفسها هذا اذا كان تخنثه باختياره بان يتشبه بالنساء فى القول والفعل او يجعل نفسه محلا للوطء واما المخنث الذى فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتغل بفعل الردىء فهو مقبول الشهادة أى آلته والمراد بالنائحة التى تنوح فى مصيبة غيرها

والسلاب صيرها باختيارها فكان كالشرب للتداوي درعن الوافي (قوله ولا فرق بين ان تكون النواحة بالمال أو بدونه) ففي تعليل الزيلعي والعيني بقوله لانها ترتكب المحظور لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة وجرى عليه في الدرر والفتح نظر لاقتضائه قبول شهادتها اذا كان بغير اجر (قوله والعدو) سواء شهد على عدوه أو غيره لانها فسق وهو لا يتجزأ وفي فتاوى المصنف لا تقبل شهادة الجاهل على العالم لفسقه بترك ما يجب تعلمه شرعا فحينئذ لا تقبل شهادته على مثله وغيره وللحاكم تعزيره على تركه ذلك والعالم من يستخرج المعنى من التركيب كما يحق وينبغي در ومقتضى التعليل بان العداوة فسق وهو لا يتجزأ رد شهادة العدو مطلقا سواء كانت شهادة العدو على عدوه او له لكن سياق كلام البرجندي على ما نقل عنه الحموي يقتضي تخصيص المنع بما اذا كانت عليه فلوله قبلت لعدم التهمة وحاصله ان تعليل رد الشهادة بالفسق يقتضي المنع من القبول مطلقا سواء كانت الشهادة على العدو او له والتعليل بالتهمة يقتضي تخصيص المنع بما اذا كانت الشهادة عليه فلوله قبلت ولعل في المسئلة قولين لان منهم من علل بالاول ومنهم من علل بالثاني (قوله دنيوية) كشهادة المقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والمقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع فليس كل من خاصم شخصا في حق وادعى عليه يصير عدواله كما توهمه بعض المتفقهة نعم لمخاصمه في حق لا تقبل شهادته عليه في ذلك الحق كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه اه بحر واما شهادة بعض القافلة لبعضهم على قطاع الطريق فانها تقبل شيخنا عن الخيرية (قوله ومدمن الشرب الخ) أي مداوم شرب الخمر على اللهو لانه مرتكب محرم دينه وفي الكافي انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان ذلك يظهر منه أو يخرج سكران فتلعب به الصبيان فانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وفي فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة وفي الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر كذا في الزيلعي والعيني وفي الزيلعي أيضا عن النهاية ان الادمان شرط في الخمر أيضا في حق سقوط العدالة فهذه النقول صريحة في عدم الفرق في اشتراط الادمان بين الخمر وغيرها اذا علمت هذا ظهر ان ما ذكره في الدر تبعا للبحر من ان الادمان شرط في غير الخمر لان بقطرة منها ارتكب الكبيرة فترد شهادته وما ذكره ابن الكمال يعني من كون الادمان شرطا حتى في الخمر غلط هو الغلط لما علمت من ان ابن الكمال لم ينفرد بذلك بل هو تابع لثقات من اهل المذهب كقاضيخان وغيره والعجب من صاحب البحر كيف غلط ابن الكمال مع ما نقله هو عن الصدر الشهيد ان الخصاف اسقط العدالة بشرب الخمر من غير ادمان ومحمد شرط الادمان لسقوطها وهو الصحيح انتهى قال وفي العتابية لا تسقط عدالة اصحاب المروآت ما لم يشتهر وا وفي الظهيرية من سكر بالنبيذ بطلت عدالته في قول الخصاف لان السكر حرام عند الكل وقال محمد لا تبطل عدالته الا اذا اعتاد ذلك قال في البحر وهو عجيب من محمد لانه قال بحرمة قليله ولم يسقطها بكثيره وظاهره انه يقول بان السكر منه أي من النبيذ صغيرة فشرط الاعتياد انتهى واقول فيه نظر ظاهر يعلم مما قدمه عن الصدر الشهيد من ان الادمان على شرب الخمر شرط لسقوط العدالة عند محمد مع انه ممن يقول بان مجرد شرب الخمر كبيرة ولو بدون ادمان واسكار ولهذا قال المقدسي انما فعل ذلك محمد يعني حيث اشترط الاعتياد على السكر من النبيذ للاحتياط فمنع القليل يعني من المسكر ولم يسقط العدالة الا اذا اعتاد ولم يكتف بالكثرة انتهى فان قلت لم اشترط الادمان في الشرب دون غيره مما يوجب الحد قلت ذكر البرجندي ان الوقوع في الشرب اكثر من الوقوع في غيره فلو جعل مجرد الشرب مسقطا للعدالة لادى الى الحرج انتهى (قوله على اللهو) قيد به احترازا عما لو كان للتداوي (قوله ليتناول الاشربة المحرمة الخ) يعني كما يتناول الحلال وقوله وغيرها ليس معطوفا على المحرمة بل مرفوع على الاستئناف مبتدأ خبره قوله لا يسقط العدالة ما لم يسكر (قوله بل ادمان السكر يسقط) لما كان ظاهر قوله وغيرها لا يسقط العدالة ما لم يسكر ان السكر بمجرده ولو بدون ادمان يسقط العدالة اضرب عنه

بما

ولا فرق بين ان تكون النواحة بالمال او بدونه كذا في الاصل (و) لا تقبل شهادة (العدو ان كانت العداوة دنيوية) وان كانت عداوة دينية لا تمنع قبول الشهادة عند وقد يقال هذا اذا كان غير عدل وفي القنية وان كان عدلا يقبل في الصحيح وفي الخزانة العدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف (و) لا تقبل شهادة (مدمن الشرب على اللهو) اطلق الشرب ليتناول الاشربة المحرمة وغيرها لا يسقط العدالة ما لم يسكر بل ادمان السكر يسقط

بما يفيد اشتراط الادمان فقال بل ادمان السكر يسقط (قوله وقد ذكروا أن الادمان الخ) اعلم ان الادمان بالفعل أو بالنية قولان محكيان في تفسير الاصرار على الصغيرة بحر وقال الناصحي لا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته عيني (قوله وفي عزمه ان يشرب كلما وجد) قال ابن كمال باشا لا يذهب عليك انه امر خفي لا يصلح ان يكون مدار العدم قبول الشهادة حموي ومحصله ان ابن الكمال يميل الى ترجيح اشتراط الادمان بالفعل لا بالنية (قوله ولا شهادة من يلعب بالطيور) لانه يورث الغفلة وقد قال عليه الصلاة والسلام ما انا من دد ولا الدد مني والغالب فيه ان يصعد الى السطح فينظر عورات النساء وهو فسق زيلعي والدد اللهو واللعب والتنكير للشيوع أي ما انا في شيء من اللهو والتعريف في الدد للعهد كانه قال ولا ذلك النوع مني بحر (قوله وهو الانسب) أي بقوله او يغني للناس عيني (قوله أما اذا كان يمسك الحمامة في بيته للاستئناس الخ) الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل او يبيع عيني (قوله او يغني للناس) لانه يجمعهم على كبيرة هداية وغيرها وكلام سعدي افندي يفيد تقييده بالاجرة درو لا تقبل شهادة من يجلس مجالس الغناء أو يسمعه وشهادة الشاعر مقبولة ما لم يكن بقذف أو هجو والظاهر من كلام المصنف عدم جواز الغناء مطلقا قال العيني ومن المشايخ من أجازه في العرس الا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه اعلاما للنكاح ومنهم من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي و يصير به فصيح اللسان لا بأس به ومنهم من كرهه مطلقا ومنهم من أباحه مطلقا (قوله او يرتكب ما يوجب الحد) فان قلت فيه مخالفة لما قدمه حيث اشترط الادمان في الشرب على اللهو قلت يمكن حمل ما هنا على ما عدا الشرب أو يجاب بما في الدرر من أنه ليس المراد ارتكاب ما من شأنه ان يجب به الحد بل ما يجب به الحد بالفعل ولا يكون ذلك الا باظهاره واطلاع الشهود عليه انتهى بقي ان يقال ظاهر عبارة الدرر يقتضي اشتراط وقوع الحد بالفعل وليس كذلك ولهذا ذكر عزمي زاده أن في عبارته تعسفا وكذا ترك زكاة او حج على رواية فوريته او ترك جماعة أو جمعة او أكل فوق الشبع بلا عذر وجعل في الدرر الخروج لفرجة قدوم الامير مسقطا للعدالة وقيده في البحر بما اذا كان الامير لا يصلح للتعظيم ولم يخرج للاعتبار فحينئذ يكون من العبث واللعب وهو حرام الخ وكذا أطلق في الدرر ركوب البحر وفي البحر عن القنية ركوب البحر لا يمنع قبول الشهادة قال وفي شرح أدب القضاء اسباب الجرح كثيرة منها ركوب بحر الهند لانه مخاطر بنفسه ودينه من سكنى دار الحرب وتكثير سوادهم وعددهم لاجل المال ومثله لا يبالي بشهادة الزور وكذا لبس الحرير والبول في السوق او الى القبلة او الشمس او القمر وكذا الطفيلي والمسخرة والرقاص والبخيل ولا شهادة الاشراف من أهل العراق لتعصبهم ولا من انتقل من مذهب أبي حنيفة الى مذهب الشافعي وكذا بائع الاكفان لتمنيه الموت وكذا اذا شهد على صك مقاطعة النخاسين وكذا كل من شهد على باطل اذا عرفه والا فتقبل وما في البحر من سمع الاذان وانتظر الاقامة سقطت عدالته حمله الحموي على اذان الجمعة والا فهو مشكل (قوله او يدخل الحمام الخ) على هذا فدعوى عدم قبول شهادة النساء ومن يمشي بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة والظاهر من صنيع المصنف ان دخول الحمام بلا ازار مسقط للعدالة مطلقا لكن نقل الحموي عن الملتقط تقييده بما اذا اعتاده (قوله او يأكل الربا) أي يأخذ القدر الزائد لان الزيادة هي المرادة في قوله تعالى وحرم الربا وعبر بالاكل تبعا للآية لانه أعظم منافع المال ولان الربا شائع في المطعومات بحر (قوله ان يكون مشهورا به) وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهي ربا بخلاف اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن زيلعي قال في البحر والحاصل ان الفسق نفسه مانع شرعا من قبولها غير ان القاضي لا يرتاب الا بعد ظهوره فالكل سواء وفرق الزيلعي بينهما بأن أكل مال اليتيم لم يدخل في ملكه ومال الربا دخل لا يفيد شيئا (قوله او يقامر) من المقامرة وهي التراهن في اللعب ذكر النووي انه

وقد ذكروا أن الادمان في النية وهو
أن يشرب وفي عزمه أن يشرب كلما
وجده كذا في الاصل (ولا) تقبل
(شهادة من يلعب بالطيور) وفي
بعض النسخ بالطنبور وهو الانسب
اما اذا كان يمسك الحمامة في بيته
للاستئناس ولا يطيرها فهو عدل
(أو يغني للناس) وانما قال للناس
لان من يغني لدفع الوحشة عن نفسه
لا تسقط عدالته (أو يرتكب
ما يوجب الحد أو يدخل الحمام بلا ازار
أو يأكل الربا) أي لا تقبل شهادة
آكل الربا مطلقا سواء كان مشهورا
أولا واشترط في الاصل أن يكون
مشهورا به (أو يقامر بالنرد

مأخوذ من القمر لانه ماله يزداد اذا غلب وينقص اذا غلب كالقمر يزيد وينقص بحر (قوله والشطرنج) بكسر اوله ولا يفتح والسين لغة فيه بحر عن القاموس وقال الحموى قيل بالفتح وقيل بالكسر وهو المختار (قوله او تفوته الصلاة بسببهما) وكذا اذا كان يكثر عليهما الحلف عينى لكن قيد از يلعى كثرة الحلف بكونه كذبا فمفاده ان كثرة الحلف بدون الكذب او الكذب فى الحلف بدون الكثرة لا توجب رد شهادته لا لان حرمة الكذب تتوقف على الكثرة لانه من الكبائر مطلقا خصوصا وقد انضم اليه الحلف بل لانه انما يشتهر به اذا كثر ذلك منه (قوله ليس بفسق) لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته مالم ينضم اليه أحد المعانى الثلاثة التى ذكرناها الآن عينى وهى القمار وفوت الصلاة وكثرة الحلف وزاد فى التنوير وشرحه ثلاثة أخر وهى اللعب به على الطريق وان يذكر عليه فسقا وان يداوم عليه (قوله وان كان مكروها) أى حراما شرنبلالية عن الفتح (قوله فهو مردود الشهادة بكل حال) يعنى وجد أحد المعانى المذكورة ام لا لان نفس اللعب به فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد قال العينى ومن يكون ملعونا لم يكن عدلا (قوله لكان اولى) كان الظاهر ان يقول لكان صوابا الا ان يقال اراد بالاولى ما هو صواب فانه قد يطلق ويراد به ذلك حموى واقول هذا الذى ذكره الشارح ينبنى على التفرقة بين النرد والشطرنج وان اللعب بالنرد يوجب سقوط شهادته مطلقا بخلاف الشطرنج حيث يشترط ان ينضم اليه أحد المعانى وهذه التفرقة وان صرح بها الشراح لكنها خلاف ظاهر كلام المصنف لان المتبادر من كلامه ان مجرد اللعب بالنرد لا يوجب سقوط شهادته كالشطرنج وان كانت حرمة اللعب بالنرد لا تتوقف على انضمام شئ آخر نحو القمار بل لاجل حصول الشهوة فتقييد المصنف بالقمار فى جانب النرد كتقييده بالادمان فى جانب الشرب ألا ترى الى قوله او تفوته الصلاة بسببهما فهذا صريح فى ان مجرد اللعب بهما بدون انضمام شئ مما سبق لا يوجب رد الشهادة وان كان مجرد اللعب بالنرد حراما فهو وان فسق بمجرد اللعب بالنرد وان لم يقامر لكن ظهور فسقه به وشهرته انما تكون بالقمار ونحوه وهذا هو السر فى تقديم المصنف للنرد على الشطرنج والا لاخره فسقط قول الشارح فلو قال او يقامر بالشطرنج الخ (قوله أو يبول الخ) كذا كل ما يخل بالمروءة وان لم يكن حراما كمد رجل عند الناس وكشفه رأسه فى موضع يعد فعله اساءة أدب ومصارعة الاحداث فى المسجد وسرقة لقمة والافراط فى المزح المفضى للاستخفاف وصحبة الاراذل والاستخفاف بالناس وليس منه الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك والنخاس والدلال تقبل شهادتهم ان كانوا عدولا ثم اعلم انهم شرطوا الادمان فى الصغيرة وما شرطوه فى فعل ما يخل بالمروءة وينبغى اشتراطه بالاولى واذا فعل ما يخل بها سقطت عدالته وان لم يكن فاسقا فالفاعل المخل بها ليس بعدل ولا فاسق بحر (قوله على الطريق) لانه يدل على قلة الحياء عينى وكذا كشف عورته ليستنجى در عن الفتح وأما كشفها للبول والغائط اذا لم يجد ما يستتر به فانه لا يفسق به بخلاف الكشف للاستنجاء فيلزمه ترك الاستنجاء اذا لم يجد ما يستره كما قدمناه (قوله او يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون وابو حنيفة كما فى النهاية قيد بالظهور لانه لو كتمه تقبل كما فى البداية ولو قال او يظهر سب مسلم لكان أولى لان العدالة تسقط بسب مسلم وان لم يكن من السلف والفرق بين السلف والخلف ان السلف الصالح الصدر الاول من التابعين والخلف بفتح اللام من بعدهم فى الخير وبالسكون فى الشر وعطف أبى حنيفة على التابعين اما عطف خاص على عام بناء على انه منهم كما فى مناقب الكردرى والعناية واما وليس منهم بناء على ما صرح به شيخ الاسلام ابن حجر فانه جعله من الطبقة السادسة ممن عاصر صغار التابعين ولم يثبت له لقاء أحد من الصحابة ذكره فى تقريب التهذيب بحر قال فى الدر وفيه أى فى البحر عن العناية عن أبى يوسف لا أقبل شهادة من سب الصحابة وأقبلها ممن تبرأ منهم لانهم يعتقدون دينا وان كان على باطل فلم يظهر فسقه بخلاف الساب انتهى (قوله وتقبل لاخيه الخ) ولو حال حياة أبيه بحر لعدم التهمة وهذا بالاجماع الا عند مالك لو كان فى عياله لا تقبل وعنه لو يصل اليهما كثيرا لا تقبل عينى واعلم ان قبول

والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) وانما قيد به لان مجرد اللعب بالشطرنج ليس بفسق مانع من الشهادة وان كان مكروها عندنا ومن لعب بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال ولو قال أو يقامر بالشطرنج ويلعب بالنرد لكان أولى (أو يبول أو يأكل على الطريق) متعلق بهما (أو يظهر سب السلف) أى الصحابة والعلماء والمجتهدين (وتقبل) الشهادة (لاخيه وعمه

الشهادة للاخ والعم والمحرم رضاعا اومصاهرة مقيد بما اذا لم يخاصم معه درعن القنية ثم نقل عن الخزانة تخاصم الشهود والمدعى عليه تقبل لوعدولا انتهى والتقييد بعدم الخصام على القول به لا يخص الشهادة للاخ ونحوه (قوله وابويه رضاعا الى قوله وامرأة ابنه وأبيه) لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة ولا بسوطة لبعض فى مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا أو احد الزوجين للآخر على ما بيناه زيلعى (قوله أهل الاهواء) سموا به لميلانهم الى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه عينى (قوله كالخوارج الخ) ثم كل واحد من هذه الستة اثنا عشر فرقة كما فى الزيلعى فصاروا اثنتين وسبعين فرقة (قوله مقبولة عندنا) لانهم فسقة من حيث الاعتقاد الا ان الحامل لهم على ذلك انما هو التدين وذلك مانع من ارتكاب الكذب عينى (قوله ولا يكون ماجنا) المجون ان لا يبالى الانسان ما صنع وقد مجن بالفتح يمجن مجونا شيخنا عن الصحاح (قوله وقال الشافعى الخ) وعند أحمد لا تقبل لثلاثة قدرية وجهمية ورافضية عينى واللام فى قوله لثلاثة بمعنى من (قوله ينسبون الى ابى الخطاب) رجل بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنائس لانه كان يزعم ان عليا هو الاله الاكبر وجعفر الصادق هو الاله الاصغر زيلعى وعينى والصواب ابدال الكنائس بالكناسة لان المذكور فى معجم البلدان لياقوت كناسة بضم الكاف محلة بالكوفة وأما الكنائس فغير معروفة شيخنا عن الشيخ عبد الله النحريرى (قوله والذمى على مثله) قيد بالذمى لان المرتد لا شهادة له واختلفوا فى مرتد على مثله والاصح عدم قبولها بحر عن المحيط واعلم انه يستثنى من قبول شهادة الذمى على مثله ما فى البحر عن الخلاصة شهد نصرانيان على نصرانى انه أسلم وهو يجحد لم يجز وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين ولو شهد نصرانيان على نصرانية انها اسلمت جاز وتجبر على الاسلام ولا تقتل انتهى قال العلامة المقدسى ينبغى فى الكافر كذلك يجبر ولا يقتل كما لو أسلم مكرها او سكران ثم قال وهذا الذى بحثته رأيته فى الولوالجية حموى وكذا يستثنى ما فى البحر عن الخانية ذمى مات فشهد عشرة من النصارى انه أسلم لا يصلى عليه بشهادتهم وكذا لو شهد فساق من المسلمين ولو كان لهذا الميت ولى مسلم وبقية أوليائه كفار من أهل دينه فادعى الولى المسلم انه اسلم وانه أوصى اليه واراد ان يأخذ ميراثه وشهد اثنان من أهل الكفر بذلك يأخذ الولى المسلم ميراثه بشهادتهما ويصلى عليه بشهادة وليه المسلم ان كان عدلا ولو لم يشهد على اسلامه غير الولى يصلى عليه بقول وليه المسلم ولا ميراث له انتهى ثم قال يعنى قاضيخان لو شهد على نصرانى أربعة من النصارى أنه زنى بأمة مسلمة فان شهدوا انه استكرهها حد الرجل وان قالوا طاوعته درئ الحد عنهما ويعزر الشهود لقذفهم المسلمة وكذا يستثنى ما فى البحر عن البدائع لو ادعى مسلم عبدا فى يد ذمى انه عبده وشهد كافران انه عبده قضى به القاضى فلان لم تقبل لكونها شهادة على القاضى المسلم فلو لم تقل الشهود قضى به القاضى قبلت كما فى الرمز (قوله لا على المسلم) أطلقه فعم ما لو أسلم بعد القضاء بالشهادة فانها تبطل بحر عن الولوالجية ونصه نصرانيان شهدا على نصرانى بقطع يد او قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت الشهادة لان الامضاء من القضاء فى العقوبات انتهى وظاهر قوله بطلت الشهادة ان الدية لا تجب وفى الشرنبلالية عن أدب القاضى للخصاف معزيا للمحيط عن أبى يوسف تجب الدية وقيل هو قول الكل وقيل عند أبى حنيفة ينفذ القضاء فيما دون النفس ولا يقضى بالدية فى النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما كالقضاء بالنكول عنده ينفذ القضاء بالقصاص فيما دون النفس ولا يقضى بشئ فى النفس وعندهما يقضى بالدية فيهما انتهى واعلم ان المراد من قوله لا على المسلم ما اذا وقعت الشهادة عليه قصدا فلو ضمنا او ضرورة قبلت فالاول يوضحه ما فى البحر حيث قال وفى المحيط تقبل شهادة الكافر على العبد الكافر التاجر وان كان مولاه مسلما وعلى العكس لا تقبل لان الشهادة فى الاول على الكافر وفى الثانى على المسلم والوكيل مع الموكل بمنزلة العبد مع المولى وتقبل شهادة الذمى بدين على ذمى ميت وان كان وصيه مسلما بشرط ان لا يكون عليه دين لمسلم انتهى واشار بقوله والوكيل مع الموكل الى آخره الى ما فى التنوير

وابويه رضاعا وام امرأته وبنتها) اى بنت امرأته (وزوج بنته وامرأة ابنه و) امرأة (ابيه و) تقبل شهادة (اهل الاهواء الا الخطابية) اى الذين يتبعون الهوى ولا يتبعون مذهب اهل السنة كالخوارج والمشبهة والمعطلة والقدرية والجبرية والروافض وشهادة هؤلاء مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر به صاحبه ولا يكون ماجنا كذا فى الذخيرة وقال الشافعى لا تقبل شهادة اهل الهوى والبدع والخطابية وهم صنف من الروافض ينسبون الى ابى الخطاب يعتقدون ان الشهادة لكل من حلف عندهم انه محق ويقولون المؤمن لا يكذب ولا يحلف كاذبا وقيل يرون الشهادة بالزور لموافقيهم على مخالفيهم (و) تقبل شهادة (الذمى على مثله) لا على المسلم مطلقا

سواء كانت ملتهما واحدة أم لا وقال ابن ابى ليلى يشترط اتحاد الملة وقال مالك والشافعى لا تقبل شهادته على احد (و) تقبل شهادة (الحربى على مثله لا على الذمى و) تقبل شهادة (من الم بصغيرة) اى اذنب بمعصية صغيرة مشتق من اللمم وهو الصغيرة (ان اجتنب الكبيرة) وكانت حسناته اغلب من سيئاته هذا هو الصحيح فى العدالة المعتبرة وقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة سقطت عدالته الكبيرة عند اهل الحديث سبعة الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق ونهب مال المؤمن والزنا وشرب الخمر وقيل اكل الربا واكل مال اليتامى وقيل الكبيرة ما تسمى فاحشة فى الشرع كاللواطة والزنا اولم تسم فاحشة ولكن شرع عليها عقوبة بنص قاطع فى الدنيا بالحد او الوعيد فى العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم ومالم يسم فاحشة فى الشرع ولا شرع عليها عقوبة فى احدى الدارين كالغمزة او القبلة فهو صغيرة وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وما كان حراما لغيره فهو صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة (و) تقبل شهادة (الاقلف) اى الذى لم يختن وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وانما تقبل عندنا اذا تركه بعذر الكبر او خوف الهلاك وان تركه على وجه الاعراض عن الفرض او السنة على ما قالوا والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته ثم لا بد من معرفة وقته فأبو حنيفه لم يقدره بشئ وغيره قال من سبع سنين الى عشر سنين (ﺋ) تقبل شهادة (الخصى وولد الزنا والخنثى) الا ان المشكل لا يشهد مع رجل ولا مع امرأة ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل كذا فى الخزانة وانما تقبل شهادة ولد الزنا مطلقا سواء شهد فى الزنا اولا وقال مالك تقبل فى جميع الحقوق الا فى الزنا وفى بعض الحواشى المذكور فى المتن ظاهر الرواية وقيل لا تقبل مطلقا (و) تقبل شهادة (العمال) والمراد بهم

وشرحه حيث قال ومن كافر على وكيل كافر موكله مسلم لا يجوز عكسه لقيامها على مسلم قصدا وفى الاول ضمنا انتهى والثانى يوضحه ما فى الدرر حيث قال لا من كافر على مسلم الا فى الايصاء والنسب يعنى اذا ادعى الايصاء من نصرانى وأقام شاهدين نصرانيين على خصم مسلم او ادعى ان فلان بن فلان النصرانى مات وهو وارثه واحضر مسلما عليه دين للميت واقام شاهدين نصرانيين على نسبه تقبل وهذا استحسان ووجهه مبين فى الدرر وقبول الشهادة فى هاتين المسئلتين حمله فى الشرنبلالية بحثا على ما اذا كان الخصم المسلم مقرا بالدين منكرا للوصاية والنسب اما لو كان منكرا للدين كيف تقبل شهادة الذميين عليه (قوله سواء كان ملتهما واحدة ام لا) فان قلت يلزم على القول بالجواز مطلقا وان اختلفت الملة ان يكون الدليل اخص من المدعى قلت أشار الزيلعى الى ما منه يستفاد الجواب بأن يقال ان الكفر كله ملة واحدة (قوله وقال مالك والشافعى لا تقبل شهادته على أحد) لنا ما روى انه عليه السلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبى موسى الاشعرى وجابر بن عبد الله انه عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف زيلعى (قوله والحربى على مثله) والمراد بالحربى المستأمن لانه لا يتصور غيره فان الحربى لو دخل دارنا بلا أمان يسترق ولا شهادة للعبد على أحد بحر عن الفتح قال ويستثنى من الحربى على مثله ما اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية فيما بينهم الخ بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا روميا وذاك تركيا لان اهل الذمة من أهل دارنا عينى (قوله لا على الذمى) لانه لا ولاية له عليه وتقبل شهادة الذمى على المستأمن لان الذمى أعلى منه حالا فجاز ان يجعل له ولاية عليه عينى (قوله ونهب مال المؤمن) الذى فى الزيلعى والعناية وبهت المؤمن قال الجوهرى بهته اذا قال عليه ما لم يفعله شيخنا عن ابن ملك فى شرح المشارق (قوله كالسرقة واكل مال اليتيم) نشر على ترتيب اللف حموى (قوله وما كان حراما لغيره الخ) كوطء الحائض حرم لغيره وهو الاذى الموقت وكذا حرمة استعمال ثوب الغير مثلا شيخنا (قوله وتقبل شهادة الاقلف) لاطلاق النصوص من غير قيد بالختان عينى وفى الاقلف لغتان بالقاف والغين (قوله اى الذى لم يختتن) وهو سنة للرجال مكرمة للنساء اذ جماع المختونة الذ قال الحلوانى كان النساء يختتن فى زمن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحاديث الجامع الصغير تدل على وقوعه فى زمنه عليه السلام أيضا (قوله وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته) محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة عينى (تتمة) الكبير اذا أمكنه ان يختن نفسه فعل والا عليه ان يتزوج او يشترى ختانة فتختنه كذا ذكره العتابى ومقتضى قوله عليه ان يتزوج الخ وجوب ذلك عليه ويخالفه ما فى البحر عن الكرخى حيث قال يختنه الحمامى وفيه عن ابن مقاتل لا بأس للحمامى ان يطلى على عورة غيره بالنورة انتهى الا ان يحمل ما ذكره الكرخى وابن مقاتل على ما اذا لم يمكنه بنفسه ولا بمن يحل نظره اليه كزوجته وأمته (قوله وان تركه على وجه الاعراض عن الفرض) قال شيخنا ليس مذهبا لنا كما هو صريح كلام الزيلعى حيث جعله قول بعض العلماء بعد ان قال وهو سنة للرجال عندنا دون النساء انتهى (قوله وأبو حنيفة لم يقدره بشئ) اذ لم يرد به كتاب ولا سنة ولا اجماع والمقادير لا تعرف بالرأى وقدره المتأخرون فقيل بسبع الى عشر سنين وقيل اليوم السابع من ولادته او بعده الى ان يحتمله ولا يهلك به درر والمختار ان أول وقته سبع وآخره اثنتا عشرة بحر (قوله وغيره الخ) يعنى من المتأخرين ولهذا قال فى البحر ولم يقدر الامام للختان وقتا وقدره المتأخرون الى آخره وكذا يفهم هذا مما قدمناه عن الدرر (قوله والخصى) بفتح الخاء على وزن فعيل منزوع الخصيتين بحر (قوله وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو وزيادته أو جناية ابويه لا توجب قدحا فى العدالة عينى (قوله ولو شهد مع رجل وامرأة تقبل) يعنى فى غير الحدود لانه يجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل فى غير الحدود ما لم ينضم اليه امرأة ولا مع النساء وحدهن بلا رجل (قوله وانما تقبل شهادة ولد الزنا الخ) لا وجه لاتيانه بالحصر (قوله والعمال) فى السراجية ان كان العامل مثل عمر

ابن عبد العزيز فشهادته جائزة وان كان مثل يزيد بن معاوية فلا قال فى البحر وفى اطلاق العامل على الخليفة نظر واجاب المقدسى بأنه يمكن ان يكون التشبيه بالنسبة لما قبل زمن الخلافة وانه كان عاملا أو يقال التشبيه من حيث الديانة لا من حيث الولاية وذلك كاف فى هذا المقام حموى (قوله عمال السلطان) وقيل اراد بالعمال الذين يعملون و يؤجرون أنفسهم للعمل و ينبغى تقييده بأن تكون حرفته لا تليق به وهى حرفة آبائه واجداده والا فلا مروءة له اذا كانت حرفة دنيئة فلا شهادة له بحر وفيه نظر لانه مخالف لما قدمه هو قريبا من ان صاحب الصناعة الدنيئة كالزبال والحائك مقبول الشهادة اذا كان عدلا فى الصحيح (قوله كالخراج ونحوه) من الجزية والصدقات شيخنا (قوله فلا تقبل شهادتهم) مثلهم فى ذلك رئيس القرية يعنى شيخ البلد وكذا المعرفون فى المراكب والعرفاء فى جميع الاصناف وضمان الجهات لانهم اعوان على الظلم بحر عن الفتح وفيه عن شرح الوهبانية أمير كبير ادعى فشهد له عماله وتوابعه ورعاياهم لا تقبل كشهادة المزارع لرب الارض (قوله أو مجازفا فى كلامه) او يحلف عليه كثيرا أو اعتاد شتم أولاده او غيرهم در (قوله ومعتق لمعتق) حيث لم يكن فى عياله الا لتهمة قال فى الخلاصة لو شهد العبدان بعد العتق ان الثمن كذا عند اختلاف البائع والمشترى لا تقبل انتهى قال فى البحر لانهما يجران لانفسهما نفعا باثبات العتق لانه لولا شهادتهما لتحالفا وفسخ البيع فيبطل العتق وكلام بعضهم فى هذا المقام يوهم ان التعليل من كلام الخلاصة وليس كذلك بل هو لصاحب البحر (قوله والاول مبنى الخ) ويجوز عكسه حموى والدليل على جواز قبول الشهادة ما بيناه من ان قنبرا والحسن شهد للعلى عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق على زيلعى (قوله ولو شهدا ان أباهما الخ) مثل الاب من لا تقبل الشهادة له وأشار بشهادة الابنين الى ان شهادة الدائنين او المديونين أو الموصى له بأن الميت اوصى الى فلان او الوصيين بأن الميت اوصى لفلان معهما كذلك ففى الخمس ان ادعى قبلت والا ولا بد من كون الموت معروفا فى الكل اى ظاهرا الا فى مسئلة المديونين فانها تقبل وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما فى حقهما بحر (قوله والوصى يدعى) المراد من الدعوى هنا الرضا اذ الجواز لا يتوقف على الدعوى بل للقاضى ان ينصب وصيا اذا رضى به هو عزمى زاده (قوله جازت الشهادة) وتذكير الفعل باعتبار المذكور عينى (قوله استحسانا) لان للقاضى ولاية نصب الوصى وهذه الشهادة كفته مؤنة التعيين لانه ثبت بها شئ بخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضى نصب الوصى الا بهذه البينة وفيها تهمة لجر النفع للشاهد زيلعى (قوله والقياس ان لا تقبل) لان الشاهد يجر لنفسه نفعا زيلعى (قوله وان انكر الوصى لا تقبل) لان القاضى لا يجبر احدا على الوصية زيلعى (قوله كما لا تجوز الخ) لانه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب الا فى المفقود فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لاجل التهمة لانهما يشهدان لابيهما فبطلت زيلعى وبحر (قوله بقبض ديونه) اتفاقى اذ لو شهدا ان اباهما وكله بالخصومة لم تقبل ايضا بحر عن الخلاصة والمراد بالابنين كل من لا تقبل شهادته للموكل بحر ايضا عن البزازية وفى التنوير وشرحه شهد الوصى بحق لميت بعد ما عزله القاضى ونصب غيره او بعد بلوغ الورثة لا تقبل خاصم اولا لحلول الوصى محل الميت وهذا لا يملك عزل نفسه فاستوى خصامه وعدمه اما الوكيل اذا شهد للموكل بعد عزله ان خاصم فى مجلس القضاء ثم شهد بعد عزله لا تقبل اتفاقا للتهمة والا قبلت لعدمها خلافا للثانى الخ وفى البحر عن العتابية شهدا ان الميت اوصى لهما واوصى لهذا ايضا تقبل فى حق هذا و يضم اليه آخران انتهى وفيه لو شهد الوصى لوارث على الميت ان كان المشهود له صغيرا لم يجز اتفاقا وان كان بالغا فكذلك عنده وعندهما يجوز ولو شهد لكبير على اجنبى تقبل فى ظاهر الرواية ولو شهد الوصيان على اقرار الميت بشئ معين لوارث بالغ تقبل (قوله ولا يسمع القاضى الخ) هذا بعد التعديل ولو قبله قبلت كما فى التنوير بل الاخبار ولو من واحد على الجرح المجرد مقبول ووجهه كما ذكره منلا خسرو انه قبل التعديل دفع للشهادة قبل

عمال السلطان الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور قالوا هذا كان فى عصرهم فأما فى زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم فالعامل ان كانوا عدولا تقبل والا لا وذكر شمس الائمة السرخسى ان العامل اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة لا يجازف فى كلامه تقبل شهادته واما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس او مجازفا فى كلامه لا تقبل شهادته (و) تقبل شهادة (معتق لمعتق) والاول مبنى للمفعول والثانى مبنى للفاعل (ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصى يدعى جازت) الشهادة استحسانا والقياس ان لا تقبل (وان انكر) الوصى (لا) تقبل (كما لو شهدا) اى كما لا تجوز الشهادة لو شهدا (ان اباهما) الغائب (وكله بقبض ديونه ادعى الوكيل او انكر ولا يسمع القاضى الشهادة

ثبوتها او بعده رفع لها بعد ثبوتها والدفع اسهل من الرفع الخ بقي ان يقال ماذكره من التفصيل مخالف لظاهر كلام المصنف والشراح كالشارح والزيلعي والعيني حيث اطلقوا في عدم سماع القاضي الشهادة على جرح مجرد فعم مالو كان قبل التعديل وكذا ابن الكمال اطلق في رد الشهادة على الجرح المجرد كما في الدر ونصه واطلق ابن الكمال ردها تبعا لعامة الكتب قال وظاهر كلام الوافي وعزمي زاده الميل اليه قال وجعله البرجندي على قولهما الاعلى قوله اه وكذا صرح في البحر بان عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد اعم من ان يكون قبل التعديل او بعده ونصه النظر في الجرح المجرد وغيره انما هو بعد التزكية كما في السراج فاذا سأل القاضي عن الشهود سرا وعلنا وثبتت عدالتهم وطعن الخصم فان كان مجردا لم يقبله والاقبل ولكن عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد اعم من ان يكون قبل التعديل او بعده ثم ذكر ان التفصيل انما هو فيما اذا ادعاه الخصم وبرهن عليه جهرا اما اذا اخبر القاضي به سرا وكان مجردا فاذا برهن عليه سرا ابطل الشهادة لتعارض الجرح والتعديل فيقدم الجرح انتهى ومنه يعلم ان المراد بالتفصيل في كلام صاحب البحر التفرقة في الجرح بين المجرد وغيره اذا وقع الاخبار به جهرا وليس المراد به التفرقة في الجرح المجرد بالنسبة لما لو كان قبل التعديل او بعده كما يتوهم من كلام بعضهم (قوله على جرح) بفتح الجيم من جرحه بلسانه جرحا عابه ونقصه بحر عن المصباح قال وفي الاصطلاح اظهار فسق الشاهد (قوله من حقوق الشرع) شامل لما اذا تضمن التعزير حقا لله تعالى لكن الظاهر ان مرادهم من الحق الحد فلا يدخل التعزير لقولهم وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة لان التعزير حق الله يسقط بالتوبة بخلاف الحدود حيث لا تسقط بها بحر (قوله نحو ان يشهدوا ان الشهود فسقة اوزناة الخ) جعلوا هذا من الجرح المجرد ومن غيره ماسيأتي من اقامة المدعى عليه البينة بانهم زنوا اوشربوا الخمر فيحتاج الى الفرق بينهما فقال الزيلعي يحمل الاول على ما اذا تقادم العهد والافلا فرق بينهما بحر والى هذا اشار الشارح بقوله فيما سيأتي ولم يتقادم العهد واعلم ان الشهادة على الجرح المجرد انما لا تقبل لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه اوقبله قال الزيلعي ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جائز على ما تبين قال ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما اومظلوما لانا نقول لاضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى ترد شهادتهما فامكن منع الظلم بذلك اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى او حق العبد فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان المقصود ايجاب حق الله او حق العبد وهو يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح انتهى اذا علمت هذا ظهر لك ان قوله في الدرر وثمالم تقبل هذه الشهادة لان العدالة بعد ثبوتها لا ترتفع الا باثبات حق الشرع او العبد ولم يوجد واحد منهما فيه نظر ظاهر لاقتضائه عدم قبول الشهادة على الجرح المجرد بعد التعديل مطلقا سواء جرحه جهرا اوسرا وليس كذلك لما علمت من ان كلام الزيلعي يفيد قبول الشهادة على الجرح المجرد سرا ولو بعد ثبوت العدالة بخلاف الجرح المجرد جهرا حيث لا تقبل الشهادة عليه مطلقا لا بعد التعديل ولا قبله خلافا لمن فرق وهذا هو المراد من التفصيل فيما قدمناه عن البحر فتدبر (قوله الا اذا شهدوا الخ) لانه اقرار بأنه لاحق له فيه في المعنى زيلعي وليس هذا بجرح وانما هو من باب اقرار الانسان على نفسه بحر وهذا الاستثناء منقطع حموي (قوله اونحوه) كشهادتهم على اقراره انه استأجرهم اوانه مبطل شيخنا (قوله اواقام المدّعى عليه الخ) وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا على بهذا الباطل واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته زيلعي وقوله بكذا من المال اي دفعته اليهم رشوة والافلا صلح بالمعنى الشرعي در وكذا اذا ادّعى اجنبي انه دفع كذا لئلا يشهدوا على فلان بهذه الشهادة وطلب ردهم وثبت اما ببينة او اقرارا ونكول فانه يثبت به فسق الشاهد فلا تقبل شهادته بحر (قوله

على جرح مجرد) ولا يحكم بذلك اى لا يسمع الشهادة على ما يتضمن تفسيق الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او العبد نحو أن يشهدوا ان الشهود فسقة اوزناة أو أكلة ربا اوشربة الخمر اوعلى اقرارهم انهم شهدوا بالزور اوعلى اقرارهم أنهم أجروا على اداء الشهادة اوعلى اقرارهم ان المدّعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لاشهادة لهم في هذه الحادثة الا اذا شهدوا على اقرار المدّعي انهم فسقة اوشهدوا بالزور اونحوه او أقام المدّعى عليه البينة ان المدّعي استأجر الشهود بعشرة دراهم لاداء الشهادة

وأعطاهم

واعطاهم العشرة من مالى الخ) تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على المشهود عليه وهو مما يدخل تحت الحكم ولولم يقله لاتقبل الشهادة لان الدعوى غير صحيحة فكان جرحا مجردا لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره زيلعى (قوله ولم يتقادم العهد) هو من جملة كلام الشهود كذا ذكره عزمى زاده بان لا يزول الريح فى الخمر ولم يمض شهر فى الباقى قيد به لانه لو كان متقادما لاتقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحق متقادم مردودة درر (قوله اوانهم عبيد) فلو قالوا اعتقنا سيدنا وبرهنوا ثبت عتق السيد فى غيبته فاذا حضر لا يلتفت الى انكاره بحر عن خزانة الاكمل قال والطعن برقهما لا يتوقف على دعوى سيدهما وذكر ان اثباته لا ينحصر فى الشهادة بل اذا اخبر القاضى برقهما اسقط شهادتهما (قوله او محدودون فى القذف) قيد بالحد فى القذف لان الجرح بانه قاذف يتوقف على دعوى المقذوف بحر عن الفتح (قوله فحينئذ تقبل) لما فيها من اثبات حق الله تعالى او العبد والحاجة ماسة الى احيائه واذا تعارض بينتا الجرح والتعديل قدم بينة الجرح لان معها زيادة علم شيخنا واعلم ان الجرح المجرد اذا تضمن دفع ضرر عام تسمع عليه البينة كرجل يؤذى المسلمين بيده ولسانه تقبل البينة عليه ليمنعه القاضى من ذلك وهذا هو محمل لقوله عليه السلام اذكروا الفاسق بما فيه بحر (قوله ومن شهد ولم يبرح الخ) اقول فى كل من عبارة المتن والشارح نظر اما المتن فحيث عدى اوهم بنفسه مع انه انما يتعدى بحرف الجر وهو الى وجعله متعلقا بالبعض مع انه انما يتعلق بالكل واما الشارح فحيث فسر اوهمت بقوله اخطأت بذكر زيادة كانت باطلة الخ مع ان هذا التفسير انما يناسب وهم لا اوهم قال ثعلب فى فصيحه تقول اوهمت الى الشئ اذا تركته كله اوهم ووهمت فى الحساب اذا غلطت فيه اوهم ووهمت الى الشئ اذا ذهب قلبك اليه وانت تريد غيره اهم وهما انتهى ومنه يتضح لك ما نظرنا به فى كلام المتن والشارح حموى (قوله اوهمت بعض شهادتى) وفى المعراج اوهم من الحساب مائة اسقط وزنا ومعنى واوهم من صلاته ركعة تركها ولو قال الشاهد شككت او غلطت او نسيت فهو مثل اوهمت واعلم ان ظاهر التقييد بالبعض يفيد انه لو قال اوهمت الحق انما هو لفلان آخر لم يقبل بحر (قوله يقبل قوله) قيده فى التنوير وشرحه بعدم طول المجلس وعدم تكذيب المشهود له وعدم المناقضة ووجهه كما فى الزيلعى ان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضى فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه فى اوانه وهو عدل قال فى البحر واطلق المصنف القبول فشمل ما اذا كان بعد القضاء وبه صرح فى النهاية معزيا الى أبى حنيفة وابى يوسف وعليه الفتوى كما فى الخانية اه ومنه تعلم ان الترجيح بان عليه الفتوى من كلام الخانية لا من كلام النهاية خلافا لما فى كلام بعضهم (قوله لو كان عدلا) اى ثابت العدالة عند القاضى أولا وسئل عنه فعدل بحر عن الفتح (قوله لانه لو قام عن المجلس الخ) ليس عدم القبول على اطلاقه بل مقيد بما اذا كان كلامه الاول شهادة فان لم يذكر لفظ الشهادة فى كلامه الاول فبرح ثم ذكر بعد ذلك جازت شهادته شلبى قال الحموى ولا معنى لهذا التقييد بعد قول المصنف ومن شهد الخ (قوله لم تقبل الخ) لجواز أن أحد الخصمين غره بارشوة هذا اذا كان موضع شبهة كالزيادة والنقصان فى قدر المال أما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعى أو المدعى عليه أو ترك الاشارة الى أحد الخصمين وما يجرى مجراه وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا وانما يتصور ذلك قبل القضاء لان لفظ الشهادة وبيان اسم المدعى والمدعى عليه والاشارة اليهما شرطه القضاء زيلعى و بحر (قوله يقضى بجميع ما شهد به) أولا لان المشهود به أولا صار حقا للمدعى ووجب على القاضى القضاء به فلا يبطل برجوعه عينى فعلى هذا معنى القبول قبول شهادته لا قبول قوله أوهمت واختاره فى الهداية لقوله فى جواب المسئلة جازت شهادته بحر (قوله وقيل يقضى بما بقى) قلت وعليه حمل الشارح كلام المصنف حيث قال فى مزج كلام المصنف ويقبل قوله دون أن يقول وتقبل شهادته حموى ووجه القضاء بالباقى أن الحادث بعد

واعطاهم العشرة من مالى الذى كان فى يده اواقام المدّعى عليه البينة بأنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد أو انهم عبيد او أحدهم عبد او محدودون فى القذف أو أقر المدعى انه استأجرهم على هذه الشهادة فحينئذ تقبل (ومن شهد ولم يبرح) أى لم يفارق مجلس القضاء (حتى قال أوهمت بعض شهادتى) أى اخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو بنسيان ما كان يجب على ذكره (يقبل) قوله (لو كان) الشاهد (عدلا) والا لا وانما قيد بقوله ولم يبرح لانه لو قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت بعض شهادتى لم تقبل ذلك منه وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يقبل قوله فى غير المجلس اذا كان عدلا ثم قيل يقضى بجميع ما شهد به وقيل يقضى بما بقى حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت فى خمسمائة يقضى بخمسمائة

الشهادة قبل القضاء كالحادث عند الشهادة عيني واقتصر عليه قاضيخان وعلى هذا معنى القبول العمل بقوله الثاني فعلى الاول يقرأ المتن بالتاء أي تقبل الشهادة وعلى الثاني بالياء أي يقبل قوله بحر وأقول كونه بالتاء الفوقية أو الياء التحتية لا يعين احد هذين الاحتمالين لان ماذكره الشاهد اولا وثانيا يصدق عليه انه قول وشهادة واعلم انه وقع في المتن هنا اذا في نصحيحه بان قوله أوهمت بعض شهادتي لا يسمع ثم ذكر ما فيه بقوله لانه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل الخ فقوله اذا تداركه في أوانه يقتضي ان قوله اوهمت بعض شهادتي مسموع ولو سلك مسلك الزيلعي وحذف قوله ولا يسمع قوله أوهمت بعض شهادتي لاستقام كلامه (قوله واليه مال شمس الائمة الخ) وظاهر كلام الاكمل وسعدي ترجيحه در (تتمة) شهادة قاصرة يتمها غيرهم كان شهدا بالدار بلا ذكر انها في يد الخصم فشهد به آخران او شهدا بالملك في المحدود يعني بلا ذكر الحدود فشهد آخران بالحدود أو شهدا على الاسم والنسب ولم يعرفا الرجل بعينه فشهد آخران انه المسمى به در عن الدرر (تنبيه) شهد بالوزن والتسليم لمدعي عليه وكذلك ذرع الثوب لو اخبر به الشاهد فان كان رب المال حاضرا جازت شهادته وان لم يكن حاضرا عند الوزن لا تقبل لانه اذا كان حاضرا انتقل العقد اليه فكان شاهدا على فعل غيره وان كان غائبا تعذر اضافته اليه فبقي العقد مقصورا عليه خلاصة وفي التتارخانية لو وزن له الغريم الف درهم ووضعه وقال خذها لك فقال المقتضي لرجل ناولني هذه الدراهم فناولها ثم شهد على المقتضي وانه هو الذي دفع اليه الدراهم جازت شهادته وقال هلال لا تقبل شهادة الذي كال في المكيل وفي المذروع تقبل شهادة الذي ذرع انتهى والفرق ان ملك المشتري يتعين بالكيل بدليل ان الزيادة للبائع وفي المذروع لا يتعين بالذرع لان الزيادة للمشتري فلم تقع شهادة على فعله والموزون كالمكيل وقد يكون المذروع كالمكيل اذا سمى لكل ذراع ثمن وتجوز شهادة القاسمين ولو باجر من مناهي الشرنبلالي

(باب الاختلاف في الشهادة)

شامل لمخالفتها للدعوى ولاختلاف الشاهدين ولاختلاف الطائفتين بحر لما ذكر مسائل الاتفاق وهو الاصل شرع في مسائل الاختلاف حموي اعلم ان مبنى الباب على اصول منها ان الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى بخلاف حقوقه تعالى ومنها ان الشهادة باكثر من المدعي باطلة بخلاف الاقل للاتفاق فيه ومنها ان الملك المطلق ازيد من المقيد لثبوته من الاصل والملك بالسبب مقتصر على وقت السبب ومنها موافقة الشهادتين لفظا ومعنى وموافقة الشهادة الدعوى معنى فقط وسيتضح در (قوله الشهادة ان وافقت الدعوى الخ) لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها والمراد بالموافقة المطابقة او كون المشهود به أقل من المدعي بخلاف ما اذا كان اكثر كما ذكر واطلق الموافقة ولم يقيدها باللفظ والمعنى كما في الموافقة بين الشاهدين فيفيد عدم الاشتراط وان الموافقة معنى كافية فلو ادعى الغصب أو القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد احدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل بحر عن الزيلعي (تنبيه) ما لم يشترط فيه الدعوى لا تضره مخالفة الشهادة لها لو ادعت الطلاق فشهدا بالخلع تقبل وكذا لو ادعت امة انه اعتقها وشهدا انها حرة الاصل لانها ادعت حرية عارضة وشهدا بحرية مطلقة فتنصرف الى حرية الاصل وهي زائدة على المدعي بخلاف العبد لان أبا حنيفة يشترط الدعوى فيه فينبغي على قوله ان لا تقبل وعندهما تقبل ولو ادعى حرية الاصل فشهدا أن فلانا حرره قيل تقبل لانها أقل وقيل تردد على القول بانها تقبل هل يشترط حضور المدعى ظاهر كلام الشارح انه لا يشترط لكن نقل السيد الحموي عن معين

الكلام

والیه مال شمس الائمة الحلوانی
(باب الاختلاف فی الشهادة)
(الشهادة ان وافقت الدعوی)

الحكام انه لابد من حضوره (قوله أى لفظا ومعنى عند أبى حنيفة الخ) لم أجد هذا الخلاف عند احد من جهة غيره فيما وقفت عليه من كتب المذهب كالعناية والزيلعى والدرر والاختيار والبحر وفى الفتاوى الخانية والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده وحاصل هذه النقول ان الشرط موافقة الشهادة الدعوى من جهة المعنى فقط من غير اختلاف ولهذا لم يذكره فى المجمع مع حرصه على بيانه بل ذكر احدى العبارات الدالة على الوفاق وصرح شارحه العلامة ابن ملك بعدم اشتراط اعتبار هما وكذا فى الفصل الثانى عشر من الفصول العمادية قال شيخنا بعد تحريره ثم رأيت الموافقة للشيخ الشلبى انتهى وكان الشيخ الابيارى اطلع على ماذكره الشارح ولم يطلع على ماذكره الشلبى من تعقبه فادعى ان النقل عن الامام قد اختلف (قوله ادعى دارا الخ) كذا لو ادعى دينا بقرض فشهدا بملك مطلق لا تقبل فتح وفى المحيط ما يدل على القبول لان أولية الدين لا معنى له بخلاف العين انتهى وفى البزازية ادعى دينا ألفا فشهدا انه دفع اليه ألفا لا ندرى باى جهة دفع لا تقبل والاشبه ان تقبل انتهى حموى (قوله ارثا أو شراء) أى موروثة أومشتراة ويجوز ان يكونا منصوبين على التمييز حموى سوى بين الارث والشراء والمشهور ان الارث كالمطلق فتح وترك المصنف قيدين فى دعوى الشراء الاول ان يدعيه من معروف فلو قال ملكى اشتريته من رجل اومن محمد وهو غير معروف والشهود شهدوا على الملك المطلق تقبل الثانى أن لا يدعى القبض مع الشراء فان ادعاهما فشهدوا على المطلق تقبل بحر عن الخلاصة (قوله لغت الشهادة) لانهما شهدا بأ كثر مما ادعاه لانه ادعى ملكا حادثا وشهدا بملك قديم فان الملك فى المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعى بزوائده وفيه اشارة الى أنه لو تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق فانه لا يحل وهو الاصح بحر عن الفتح معللا بأن فيه ابطال حقه أيضا فانها لا تقبل لو ادعاه بسبب ويستثنى ما اذا ادعاه بسبب ارث على المشهور أونتاج أوشراء من مجهول فشهدوا بالمطلق فانها تقبل شرنبلالية عن الكمال ولو وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة ثم اعادوا الدعوى والشهادة وافقة واتقبل بحر عن البزازية (قوله لا تلغو) لانه أقل من المدعى ولو ادعى الملك للحال وشهدوا به فيما مضى تقبل وفى البزازية شهدوا أنها زوجت نفسها منه ولا ندرى فى الحال أنها امرأته أولا أوشهدوا انه باع منه هذه العين ولا نعلم أنها ملكه فى الحال أولا يقضى بالنكاح والبيع فى الحال انتهى ولو ادعى ملكا فى الماضى فشهدوا به فى الحال أوفى الماضى لا تقبل لان اسناد المدعى يدل على نفى الملك فى الحال ولو ادعى الانشاء فشهدوا بالاقرار يقبل وعكسه لا يتصور اذ لا تسمع الدعوى بالاقرار للاستحقاق بل للدفع بأن ادعى المدعى عليه على المدعى أنه أقر أنه لا حق له فيه وبرهن بحر عن البزازية بقى أن يقال ماذكره البحر عن القنية من انه فى دين الميت لابد من قول الشهود مات وهو عليه احتياطا فى أمر الميت ولهذا يحلف مع اقامة البينة بخلافه فى دين الحى الا اذا سأل الخصم عن البقاء فقال لا أدرى تعقبه الشلبى على ماذكره المقدسى بان مافى القنية ضعيف وان قوله مات وهو عليه شرط فى الدعوى لا فى الشهادة ونقل عن الفتح مايدل على ضعف مافى القنية وقوله احتياطا فى أمر الميت يكفى فى الاحتياط تحليف خصمه مع وجود بينته قال العلامة الحموى وفيه انه وان كان فيه احتياط من وجه وهو توفير المال على الورثة ففيه ترك الاحتياط له فى وفاء دينه الذى يحجبه عن الجنة وفيه تضييع حقوق أناس كثيرة لا يجدون من يشهد لهم على هذا الوجه انتهى (قوله لفظا ومعنى) لان الحجة شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لم تثبت الحجة والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف ولهذا اذا شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية فهى مقبولة شيخنا عن العناية بخلاف ما لو شهد أحدهما انه قال لها أنت خلية والآخر انه قال لها أنت برية لا تقبل لانهما لفظان متباينان وان اشتركا فى لازم واحد وهو البينونة لان معنى خلية لغة غير معنى برية وعلى هذا لو شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج لا تقبل بحر عن المحيط وفيه نظر يأتى وجهه ثم قال وخرج عن ظاهر قول الامام مسائل وان امكن رجوعها اليه فى الحقيقة

أى لفظا ومعنى عند أبى حنيفة وعندهما معنى (قوله والا) فان ادعى دارا ارثا أو شراء فشهدا بملك مطلق الخ (وبعكسه) الشهادة أى لو ادعى دارا ملكا مطلقا فشهدا بالارث أو نحوه (الا) اذا شهدا على ملك ... اتفاق الشاهدين فتقبل (أو) ... لفظا ومعنى) عند أبى حنيفة

منها مسئلة الهبة والعطية والنكاح والتزويج ومنها ما اذا ادّعى بيع الوفاء فشهد احدهما بالبيع والآخر بالاقرار به يقبل كما فى جامع الفصولين قال ولا خصوصية لبيع الوفاء بل كل قول كذلك بخلاف الفعل والنكاح كالفعل الخ بقى ان يقال ما نقله فى البحر عن المحيط من انها لا تقبل اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج مخالف للمصرح به فى كلامهم كالزيلعى والدرر وغيرهما ثم ظهر لى ان ما فى البحر من قوله وعلى هذا لو شهد احدهما بالنكاح والآخر بالتزويج فانها لا تقبل غلط من الناسخ والصواب تقبل ويكون قوله وعلى هذا مفرعا على ما قدمه من ان اختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع كالهبة مع العطية وليس هو تفريعا على ما اذا شهد احدهما انه قال لها أنت خلية والآخر انت برية ويدلك على تعين هذا التصويب قوله وخرج عن ظاهر قول الامام مسائل الخ والا لم تكن مسئلة النكاح مع التزويج خارجة وأشار بقوله والنكاح كالفعل الى ضابط ذكره الزيلعى وعزاه فى البحر فيما سيأتى الى الكافى وسنذكره (قوله وعندهما يعتبر معنى لا لفظا) والذى يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث تطليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد فى الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا وطلقت واحدة حيث يقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار فى يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع أى عدد شاء الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل زيلعى وهو ظاهر فى ترجيح مذهب الامام لكن نقل شيخنا عن صدر الشريعة ان قولهما أظهر ثم رأيت بخطه عن الحموى انه أجاب عن قول الزيلعى والذى يبطل مذهبهما الخ بقوله وقد يقال لا ابطال اذ البينة للاثبات والمثبتة للزيادة تقدم على غيرها اذا تم نصابها انتهى (قوله فان شهد احدهما بألف الخ) بخلاف ما لو ادّعى الفين فشهدا بالف حيث تقبل اتفاقا شرنبلالية عن الكمال (قوله اذا كان المدّعى يدعى الفين) قيد به لانه لو لم يدع الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدّعى الا ان يوفق فيقول أصل حقى كان كما قال الا انى استوفيت الزائد او ابرأته عنه فحينئذ تقبل فى الاقل زيلعى (قوله وعلى هذا الخلاف الخ) لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك يثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما كما اذا ادعى الفا وخمسمائة وشهد احدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة على ما سيجىء وللامام انهما اختلفا لفظا لان احدهما مفرد والآخر تثنية واختلاف الالفاظ افرادا وتثنية يدل على اختلاف المعانى الدالة عليهما ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود فى الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن زيلعى مع عناية (قوله والمدّعى يدعى ذلك) فاذا ادّعى الالف فقط لا تقبل شهادتهما لان المدعى كذب من شهد بالزيادة زيلعى الا ان يوفق باستيفاء وابراء درعن ابن الكمال وهذا فى الدين وفى العين تقبل على الواحد كما لو شهد واحد ان هذين العبدين له وآخر أن هذا له قبلت على الواحد الذى اتفقا فيه بالاجماع درر (قوله قبلت الشهادة على الالف) بالاتفاق لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى وتفرد أحدهما بزيادة خمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة وخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف بخلاف المسئلة التى قبلها حيث لا تقبل الشهادة فيها مطلقا عنده لان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى كما سبق لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر كما فى الزيلعى فظهر الفرق (قوله تقبل بالف) لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا يقبل لعدم كمال النصاب ولا يقال ان المدعى كذب شاهده بالقضاء فينبغى ان لا تقبل كما اذا شهد بألف وخمسمائة والمدعى يدعى

وعندهما يعتبر معنى لا لفظا والمراد بالاتفاق لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن كدلالة الالفين على الالف (فان شهد أحدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل) عنده مطلقا وعندهما تقبل على ألف اذا كان المدعى يدعى الفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث (وان شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ذلك قبلت) الشهادة (على الالف) ولو شهدا بالالف وقال أحدهما قضاه منها) أى المدعى عليه المدعى من الالف (خمسمائة تقبل) الشهادة (بألف)

ألفا الا انا نقول لم يكذبه فيما له انما كذبه فيما شهد عليه وذلك يقدم كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا زيلعى (قوله وعن أبي يوسف انه يقضي بخمسمائة فقط) لان مضمون شهادة شاهد القضاء ان لا دين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده كما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب أبي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد بخمسمائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع زيلعى (قوله ولم يسمع الخ) لعدم كمال الحجة ولا بد ان يدعى المدعى الالف وينكر القضاء اذ لو قال لم يكن لي عليه الا خمسمائة لم يقبل أصلا لتكذيبه شهوده وان اعترف بالقضاء لزمه خمسمائة بحوى عن العدة (قوله وينبغي الى آخره) أي يجب كيلا يكون معينا على الظلم هكذا قالوا وفيه بحث لانه يلزم على الامتناع عن الشهادة اعانة المدعى عليه على ظلم المدعى بعدم دفع ما بقي له عليه من نصف الالف فكان ينبغي ان يقال يجب اذا سئل في الشهادة بالالف ان يشهد بخمسمائة فقط ليقضي القاضي بما اتفق عليه الشاهدان وهو الاقل دون ما انفرد به أحدهما من الزيادة أخذا بمذهب الصاحبين لما فيه من عدم اعانة أحدهما على ظلم الآخر (قوله جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وسنذكر عن الزيلعى ما منه يعلم وجه الفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها (قوله وذكر الطحاوى الخ) لان في زعم احد الشاهدين انه لا شئ عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعى كذب شاهد القضاء والاشبه ان يكون هذا قول أبي يوسف على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى زيلعى وهو انه لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وهو لا يقدح في القبول شيخنا (تتمة) قال في البحر لم يذكر المؤلف اختلاف الشاهدين في الزمان او المكان وذكره في الكافي فقال واذا اختلف الشاهدان في الزمان او المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل وان اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان فعلا كالغصب ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما يمنع القبول لان الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه أو مكانه لا يقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان يقول زنيت او أنت زان والاخبار ان يقول قد قذفتك بالزنا وأبو حنيفة يقول يحتمل ان يكون أحدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به فيشهدان به انتهى وفي جامع الفصولين الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقة يبطلها الاختلاف في زمان ومكان الا عند محمد انتهى فعلم به ان ما في الكافي من ان الرهن والهبة والصدقة من قبيل البيع ونحوه قول محمد وقول الشيخين بخلافه بحر ويخالفه ما وقع في كلام بعضهم معزيا للبرهان حيث قال ان محمدا الحق الرهن والهبة والصدقة بالفعلي وهما بالقولي وفي البحر عن قاضيخان اذا شهدوا على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت في قولهم انتهى ووجهه ان الاقرار قول محض وقد جمع العلامة المقدسي ما يكون اختلاف الشاهدين فيه في الزمان والمكان مانعا من القبول وفي قوله

بيع شرا وكالة طلاق * وصية دين كذا عتاق
قرض براءة كذا كفالة * والقذف أيضا وكذا الحوالة
لا في جناية وغصب ونكاح * ونحو قتل تلك اسباب النجاح

وعن أبي يوسف انه يقضي بخمسمائة (ولم يسمع انه قضاه الا ان يشهد معه) أي مع الذي شهد بانه قضاه شاهد (آخر) فحينئذ يسمع (وينبغي ان لا يشهد) يعني اذا ادعى المدعى الالف ولم يقر بقبض خمسمائة ينبغي للشاهد الذي علم باداء خمسمائة ان يمتنع (حتى يقر المدعي بما قبض ولو شهدا) على رجل (بقرض ألف) درهم (وشهد أحدهما انه) أي المدعى عليه (قضاها) وقال المدعى لم يقضها (جازت الشهادة على القرض) وذكر الطحاوى عن أصحابنا انه لا يقضي بالقرض وهو قول زفر (ولو شهدا بانه قتل زيدا يوم النحر بمكة و) شهد شاهدان (آخران انه قتله يوم النحر بمصر

ردتا) أى الشهادتان وهذا اذا اجتمعوا عند الحاكم وشهدوا (فان) سبقت احداهما فى الاداء و(قضى) القاضى (باحداهما أولا) ثم جاءت الاخرى (بطلت) شهادة (الاخرى ولوشهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع) بذا السارق مطلقا أى فى جميع الالوان عند أبى حنيفة وهو الصحيح خلافا لهما هذا اذا ادعى بسرقة بقرة فقط اما اذا ادعى بسرقة بقرة سوداء أو بيضاء لاتقبل بالاجماع قيل الاختلاف فى لونين يتشابهان كالسواد والحمرة أو كالصفرة والحمرة لا فى السواد والبياض فانهما لايتشابهان فلاتقبل الشهادة كذا فى الاصل وانما قيد بقوله فى لونها لانه لواختلفا فى القيمة لاتقبل بالاتفاق (بخلاف الذكورة والانوثة) أى اذا اختلف الشاهدان فى ذكورة المشهود به وانوثته لاتقبل شهادتهما بالاتفاق فلايقطع (والغصب) أى بخلاف اختلاف الشاهدين فى لون البقرة الغصب حيث لاتقبل بالاتفاق (ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر) انه اشترى عبد فلان (بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) مطلقا سواء ادعى المدعى اقل المالين أو اكثر هذا اذا اختلف البائع والمشترى قبل تسليم العبد لان الدعوى حينئذ دعوى العقد اما بعد التسليم فتكون الدعوى فى الدين فحينئذ تقبل وفى الفوائد الظهيرية انه اذا اتحد جنس الثمن واختلفا فى قدره كما فى هذه المسئلة تقبل الشهادة بخلاف ما اذا اختلف الجنس بأن شهد أحدهما الشراء بألف درهم وشهد الآخر بمائة دينار لاتقبل (وكذا الكتابة) أى هى كالبيع

(قوله ردتا) لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين وليس احداهما اولى بالقبول من الاخرى وكذا لو اختلفا فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل عينى قيد بكون المشهود به القتل لانهم لو شهدوا على اقرار القاتل بذلك فى وقتين او مكانين تقبل لانه قول يعاد ويكرر بحر عن السراج (قوله بطلت الاخرى) لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا يقضى بالثانية عينى ولو أبدل المصنف قوله بطلت الاخرى بقوله ردّت لكان أولى (قوله وهو الصحيح خلافا لهما) لان المشهود به مختلف ولم يتم على كل فعل نصاب وصار كاختلافهما فى اللون فى الغصب وله ان السرقة تقع فى الليالى والرائى يرى من بعيد فاللونان يتشابهان والسواد والبياض يجتمعان فان قيل فى التوفيق ايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله الى مجلس الحكم كلون ثياب السارق على ما قدمه الزيلعى وما يوجب الدرء يكون فى نفس الموجب لا فى غيره الخ الزيلعى وظاهره ترجيح مذهب الامام لكن نقل شيخنا عن صدر الشريعة ان الاظهر قولهما (قوله لاتقبل بالاجماع) لان المدعى كذب أحدهما زيلعى (قوله بخلاف الذكورة والانوثة) لانهما لايجتمعان فى واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ليحتاج الى التوفيق شيخنا عن العناية (قوله بخلاف اختلاف الشاهدين فى لون البقرة الغصب) لان التحمل فيه بالنهار اذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه بخلاف السرقة فانها انما تكون فى الليالى غالبا لان السرقة أخذ الشئ خفية ولا يتحقق ذلك غالبا فى النهار أما الغصب فهو أخذه علانية (قوله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان الخ) مقتضاه وقوع الشهادة لمدعى الشراء وكذا لو وقعت لمدعى البيع بحر (قوله بطلت الشهادة) وذكر علاء الدين السمرقندى ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن عينى وغيره كالزيلعى وسيأتى بيان وجه التوفيق ومنه يعلم ما فى كلام الشارح من الايهام اذ تأخير قوله وفى الفوائد الظهيرية الخ عن قوله هذا اذا اختلف البائع والمشترى قبل تسليم العبد الخ يوهم انه بالنسبة لما بعد التسليم وليس كذلك (قوله هذا اذا اختلف البائع والمشترى الخ) من هنا تعلم ان ما فى العينى من قوله سواء كان المدعى هو العبد او الولى صوابه مشترى العبد وقوله او الولى يعنى البائع كذا نبه عليه الشيخ شاهين (قوله لان الدعوى حينئذ دعوى العقد) والبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به ولم يتم النصاب على واحد منهما الخ الزيلعى (قوله فحينئذ تقبل) أى الشهادة وفيه كلام كذا ذكره السيد الحموى قال شيخنا هو انه يثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما اذا ادعى الاكثر (قوله كما فى هذه المسئلة) لان كلام المصنف صريح فى ان جنس الثمن متحد باتفاق الشاهدين وانما الخلاف بينهما فى قدره فقط فقول السيد الحموى ليس فى كلام المصنف ما يفهم منه ان جنس الثمن متحد فى هذه المسئلة غير مسلم (قوله تقبل الشهادة) لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بان يشتريه بألف ثم يزيده عليها خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد زيلعى وفيه تأمل لانه اذا اشترى بألف ثم زاد خمسمائة لا يقال انه اشترى بألف وخمسمائة ولذا يأخذه الشفيع بأصل الثمن كما فى البحر عن العناية ومحصله الميل الى ترجيح ما فى المتن من بطلان الشهادة (قوله بخلاف ما اذا اختلف الجنس الخ) لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار زيلعى (قوله وكذا الكتابة) أما اذا كان المدعى هو العبد فظاهر لانه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعى هو المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب زيلعى وقيل ان كان المدعى هو المولى لا تقبل بينته وان اتفق الشاهدان على قدر البدل شيخنا لان العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والاجارة كالبيع فى اول المدة للحاجة الى اثبات العقد وكالدين بعد مضى المدة والمراد من كونها كالدين ان يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لاتقبل وتقييده فى الدر بقوله والمدعى هو المؤجر لانه لو ادعى المستأجر عقد الاجارة بعد انقضاء المدة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف به فلا حاجة الى

اتفاق

اتفاق الشاهدين اواختلافهما عزمى زاده ووجه قوله فلاحاجة الى اتفاق الشاهدين الخ انه ان أقر بالاكثر لم يبق نزاع وان أقر بالاقل فالآخر لا يأخذ منه ببينته سوى ذلك كما فى البحر عن النهاية (قوله وكذا الخلع) يعنى اذا كانت الدعوى فى الخلع واختلف الشاهدان فى قدر البدل ردّت الشهادة وليس هذا على اطلاقه بل مقيد بما اذا كانت الدعوى من المرأة كما سيذكره الشارح وهذا بما الاخلاف فيه بخلاف الدعوى فى الكتابة (قوله والاعتاق على مال) يعنى اذا ادعى العبد على المولى انه أعتقه على كذا واختلفا فى قدره ردت شهادتهما أيضا بخلاف ما اذا كان المولى هو الذى يدعى العتق كما سيذكره الشارح (قوله والصلح عن دم العمد) يعنى اذا وجب القصاص على شخص فادعى القاتل انه وقع بينه وبين ولى المقتول الصلح عن دم العمد على كذا فانكر فشهد الشاهدان به واختلفا فى قدر البدل ردت أيضا بخلاف دعوى الولى الصلح على ماسيذكره الشارح (قوله اوالعبد) يحترز به عما اذا كانت دعوى العتق على مال من المولى وهذا مما لا خلاف فيه لان رد الشهادة عند اختلاف الشاهدين فى مقدار بدل العتق مقيد بما اذا كان المدعى للعتق هو العبد اتفاقا على ماسيأتى والحاصل ان التقييد بدعوى العبد للاحتراز عن دعوى المولى اذا كان الاختلاف فى العتق على مال قولا واحدا وليس احترازا عن دعوى المولى الكتابة على القول بان كلام المصنف رحمه الله تعالى مجرى على عمومه فيها وعلى القول المقابل يكون احترازا عن دعوى المولى فى كل من الكتابة والعتق وبهذا التقرير تعلم ماوقع لبعضهم حيث جعل التقييد بدعوى العبد راجعا لقوله كذا الاعتاق لا لقوله كذا الكتابة لما قدمناه عن الفتح انتهى يريد به ماقدمه عن الفتح من ان قوله وكذا الكتابة شامل لما اذا كان المدعى العبد او مولاه الخ لان ماذكره فى الفتح من الشمول أحد قولين حكاهما الزيلعى على ان القول الثانى وان كان محكيا فى كلام الزيلعى بقيل لكن جزم به العينى ونصه وأما الكتابة فان ادعى المولى والمكاتب منكر لا يلتفت الى شهادتهما لان الدعوى لا تنفذ لان العبد متمكن من الفسخ وان ادعى المكاتب لا تقبل الشهادة اذا اختلف الشاهدان فى بدل الكتابة انتهى (قوله اوالمولى) قال السيد الحموى هذا على قول وقيل ان كلام المصنف مجرى على اطلاقه وهذا من السيد الحموى يبتنى على مافهمه من ان قول الشارح اوالمولى تصريح بمحترز التقييد بدعوى العبد بناء على ان التقييد بدعوى العبد بالنسبة لمسئلة العتق فقط وعليه فلا يتم ماذكره (قوله اوولى المقتول) تصريح بمحترز تقييد دعوى الصلح عن دم العمد بدعوى القاتل (قوله فهو بمنزلة دعوى الدين) فيقع الطلاق على الزوج اذا ادعى الخلع لاقراره وتقبل شهادة الشاهدين فيما اتفقا عليه وهو الاقل وكذا يثبت العتق على المولى بدعواه على عبده انه اعتقه على مال وتقبل شهادة الشاهدين فيما اتفقا عليه وكذا يثبت العفو عن القاتل لاقرار الولى به وتقبل الشهادة فى القدر المتفق عليه دون ما تفرد به أحدهما وهذا اعنى ثبوت الاقل لاتفاق الشاهدين عليه وان اطلقه الزيلعى وغيره كالعينى محمول على ما اذا ادعى الاكثر كما فى الدر (قوله فأما النكاح فيصح بألف) كأنه جواب عما يقال كيف الحكم فى النكاح اذا اختلف شاهداه فقال يصح بألف باتفاقهما عليه ووجهه ان المال فى النكاح تبع ولهذا يصح بلا تسمية المهر وبنفيه ولا اختلاف فيما هو الاصل وهو العقد فيثبت ثم وقع الاختلاف فى التبع فيقضى بالاقل ويستوى فيه دعوى اقل المالين او اكثرهما فى الصحيح صدر الشريعة والحاصل ان وجوب الاقل عند دعوى الاكثر مما لا خلاف فيه والخلاف فيما اذا لم تدع الاكثر والصحيح وجوب الاقل أيضا وقيل يجب لها مهر المثل (قوله وقالا لا يقضى بالنكاح أيضا) لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة (قوله اذا كانت المرأة هى المدعية) فابو حنيفة يجعل مقصودها المال فيجب الاقل وهما يجعلان مقصودها العقد فلا يثبت كما فى الزيلعى وهذا وان كان محكيا بقيل صححه فى الفوائد كما فى البحر عن النهاية (قوله لا يقبل اجماعا) لانها دعوى عقد (قوله ملك المورث) كلام اضافى مبتدأ وقوله لم يقض لوارثه الخ خبره عينى (قوله بلا جر) عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الجر ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث ان العين كانت لمورث يكفى لان ملك الميت قد ثبت

(و) كذا (الخلع) والاعتاق على
مال والصلح عن دم العمد اذا كان
المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل اما
اذا كانت الدعوى من جانب الزوج
او المولى أو ولى المقتول فهو بمنزلة
دعوى الدين (فأما النكاح فيصح
بألف) وهو أقل المشهود به عند أبى
حنيفة وقالا لا يقضى بالنكاح أيضا
وهذا مطلق أى سواء كان الدعوى
من الزوج أو من المرأة وسواء ادعى
الاقل أو الاكثر وقيل الاختلاف
فيما اذا كانت المرأة هى المدعية فان
كان المدعى هو الزوج لا تقبل اجماعا
والاصح ان الخلاف فى الفصلين
(ملك المورث) متى ثبت (لم يقض
لوارثه بلا جر)

بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ألا ترى انه ثبت فى حقه أحكام لم تكن ثابتة فى حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغنى اكل صدقة ورثها من الفقير ولولا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه زيلعى قال سعدى وفيه بحث فان من اجتمع عنده أموال الصدقة ثم استغنى بالارث اوغيره يحل له اكل ماعنده من الصدقات مع انه لم يوجد تجدد الملك انتهى فظاهر كلام سعدى الميل الى قول أبى يوسف (قوله بان يقول الشاهد انه كان لابيه الخ) ولا بد مع الجر من بيان سبب الوراثة فاذا شهدوا انه أخوه فلا بد من بيان انه أخوه لابيه وامه أو لاحدهما ومن شرط قبول الشهادة بالميراث ان يدرك الشاهد الميت وان يقول لا وارث له غيره او لا أعلم له وارثا غيره والا فهى باطلة لعدم معاينة السبب بحر عن البزازية وقيد بالملك لان اثبات شراء المورث لا يتوقف على الجر بحر أيضا عن الظهيرية (قوله أى بملك المورث) فيكون جرا ضرورة اذا ثبت ملك المورث وقت موته ولو قال كان لابيه ولم يزد على ذلك لم يكن جرا شيخنا (قوله او يده) لان فيه جرا أيضا لان يده ان كانت يد ملك عند الموت فظاهر وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى فى الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد فى ذلك الوقت اثباتا للملك عينى (قوله او يد مودعه اومستعيره) وكذا مستأجره ومرتهنه وغاصبه لان اثبات يد من يقوم مقامه اثبات ليده فيغنى اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه عينى (قوله هذا بالاجماع) اسم الاشارة راجع للاستثناء فى قول المصنف الا ان يشهدا بملكه الخ (قوله ولو شهدا بيد حى الخ) أى شهدا انه كان فى يد المدعى منذ شهر والحال انه ليس فى يد المدعى عند الدعوى لا تقبل لان الشهادة قامت بمجهول لان اليد متنوعة الى يد ملك ويد أمانة فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك فانه معلوم غير متنوع ووجه القبول عند أبى يوسف ان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها ملكه تقبل فكذا هنا وهذه المسئلة أتى بها المصنف استطرادا ليست من باب الميراث وصورتها اذا كانت الدار فى يد رجل فادعى آخر انها له وأقام بينة انها كانت فى يده شيخنا (قوله كانت فى يد فلان مات) أى وقت موته عينى (قوله دفع الى المدعى) لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ألا ترى انه لو قال لفلان على شئ صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به وانما قال دفع اليه دون ان يقول انه اقرار بالملك له لانه لو برهن انه ملكه يقبل ولو قال انه كان بيده بغير حق ففيه خلاف والمفتى به انه اقرار بحر عن جامع الفصولين والمستتر فى برهن يرجع للمدعى عليه والله اعلم (فرع) ادعى المديون الايصال متفرقا وشهدا به مطلقا او جملة لم تقبل در عن الوهبانية

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من شهادة الاصل شرع فى شهادة الفرع لان الفرع مؤخر عن الاصل وجودا فأخر وضعا حموى (قوله تقبل فيما لا يسقط بالشبهة) اطلقه فشمل الوقف وهو الصحيح احياء له وصونا عن اندراسه والتعزير كما فى الاجناس والنسب كما فى خزانة المفتين وقضاء القاضى وكتابه كما فى الخانية بحر وفيه عن القنية اشهد القاضى شهودا أنى حكمت لفلان على فلان بكذا فهو اشهاد باطل الخ ونقل الحموى عن الشلبى معزيا للخزانة أبى الليث ان كتاب القاضى للقاضى مما لا يصح فيه الشهادة على الشهادة انتهى (قوله بخلاف الحد) أى لا تقبل فيما يوجب حدا فلا يرد انه اذا شهد على شهادة شاهدين ان قاضى بلد كذا ضرب فلانا حدا فى قذف فانها تقبل حتى ترد شهادته بحر عن المبسوط (قوله وجوازها استحسان) لشدة الحاجة اليها

بأن يقول الشاهد انه كان لابيه مات وتركه ميراثا له (الا أن يشهدا بملكه) أى بملك المورث (أو يده أو يد مودعه أو) يد (مستعيره وقت الموت) متعلق بالكل بيانه اذا مات رجل فأقام وارثه بينة على دار انها كانت لابيه أعارها أو أجرها أو أودعها الذى هى فى يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة على انه مات وتركها ميراثا له هذا بالاجماع (ولو شهدا بيد حى منذ شهر ردت) الشهادة وعند أبى يوسف لا ترد وانما قيد بقوله بيد حى لانهم لو شهدوا انها كانت فى يد فلان مات تقبل بالاتفاق كذا فى الاصل قوله منذ شهر وجوده كعدمه والخلاف ثابت أيضا بدون ذكره فانه ذكر التمرتاشى فى الجامع الصغير شهدوا لحى ان العين كانت فى يده لم تقبل (ولو أقر المدعى عليه بذلك) أى بأن العين كانت فى يد المدعى (أو شهد شاهدان انه) أى العين (اقرانه) أى المدعى عليه (كان فى يد المدعى دفع الى المدعى) تقبل

باب الشهادة على الشهادة (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة) بخلاف الحد والقود وجوازها استحسان والقياس

لان الاصل قد يعجز عن ادائها لموته اوسفره ونحو ذلك فلو لم تجز لادى الى ضياع كثير من الحقوق ولهذا جوزت وان كثرت لكن فيها شبهة البدلية ولهذا لاتقبل فيما يسقط بالشبهات درر (قوله بأبي جوازها) لان اداءها عبادة بدنية والانابة لاتجرى فى العبادات البدنية درر (قوله ان شهد رجلان) وقع اتفاقا لانه يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة ان تشهد على شهادتها رجلين او رجلا وامرأتين ويجوز ان يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة زيلعى واطلاق كلام المصنف شامل لشهادة الابن على شهادة أبيه فانها جائزة وكذا على قضائه فى الصحيح كما فى الدرر وفى البحر عن الكافى شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق لم يجز وكذا لو شهد كافران على قضاء كافر لكافر او مسلم على كافر ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة انتهى (قوله على شهادة واحد من الاصل) ولو امرأة شرنبلالية عن الفتح وقدمناه عن الزيلعى (قوله ثم شهدا على شهادة الآخر) لانه لا يشترط مغايرة الفرعين اللذين شهدا على شهادة أحد الاصلين للفرعين اللذين شهدا على شهادة الاصل الآخر خلافا للامام الشافعى وانما لا تشترط المغايرة لقول على لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل رجل فرعان ولان الرجلين ينقلان شهادة الاصل وهو من الحقوق وقد تم على هذا الحق نصاب الشهادة فيجوزان يشهدا على الاصل الآخر أيضا لان الشاهدين يجوزان يشهدا على قضايا كثيرة (قوله وقال الشافعى الخ) لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد ولنا ماسبق عن على (قوله ولا تقبل شهادة واحد الخ) مستدرك بما قبله وانما ذكره لدفع توهم ان يراد بالمثنى المجموع حموى ولو شهد احد الاصلين على صاحبه مع آخر لم يجز لان الاصالة تقتضى مشاهدة الحق والفرعية عدمها فيتنافيان ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا فى حالة واحدة زيلعى (قوله وعند مالك تقبل) لان الفرع معبر عن الاصل بمنزلة رسوله كرواية الاخبار ولنا ماسبق عن على لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان شهادة كل من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضى لا يثبت الا بحجة تامة بقى ان يقال ماجعله الشارح والزيلعى مذهبا لمالك نسبه العينى لاحمد (قوله والاشهاد ان يقول الاصل للفرع الخ) لان الفرع كالنائب عنه فلابد من التحميل والتوكيل ولابد ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القاضى وانما قالوا الفرع كالنائب ولم يجعلوه نائبا لان له ان يقضى بشهادة أصل وفرعين عن اصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف نهاية وأجاب الزيلعى بعدم الجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر (قوله اقر عندى بكذا) ويقول له عند التحميل اشهدنى على نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه زيلعى ويكفى سكوت الفرع ولو رده ارتد قنية ولا ينبغى ان يشهد على شهادة من ليس بعدل عنده در عن الحاوى (قوله أو يقول اشهد أنت على شهادتى بكذا) هذا هو الاقصر فى التحميل فقول السيد الحموى لم يبين الاقصر فى تحميل الشهادة من الاصل للفرع غير مسلم (قوله فاشهد أنت على شهادتى) ولا يقول اشهد على بكذا لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتى زيلعى (قوله اشهد ان فلانا الخ) تمثيل والا فلابد من ذكر اسماء الاصول واسماء آبائهم واجدادهم بحر عن الصغرى وفيه عن المصباح فلان وفلانة بدون الف ولام كناية عن الاناسى وبهما كناية عن البهائم تقول ركبت الفلان وحلبت الفلانة انتهى (قوله أى بان فلانا أقر عندى بكذا) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لابد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك تبيين (قوله وذا اللفظ اطول الخ) أى للشهادة على الشهادة أداء وتحميلا حموى (قوله والاقصر) أى من حيث الاداء لان الاقصر تحميل قدم الشارح الكلام عليه أول شرح التحميل وقول السيد الحموى وقد ذكره فى المتن اختيار شمس الائمة لا حاجة اليه لتصريح الشارح

بأبي جوازها (ان شهد رجلان على
شهادة شاهدين) بان شهدا على شهادة
واحد من الاصل ثم شهدا على شهادة
الآخر من الاصل وقال الشافعى لا يجوز
الا أربع عن كل أصل اثنان (ولا تقبل
شهادة واحد من الفرع (على شهادة
واحد) من الاصل وعند مالك تقبل
(والاشهاد أن يقول) الاصل للفرع
(اشهد على شهادتى انى أشهد ان
فلانا أقر عندى بكذا) أو يقول
اشهد أنت على شهادتى بكذا أو يقول
اشهد انى سمعت فلانا يقر لفلان بكذا
فاشهد أنت على شهادتى انى أشهد
أن فلان بن فلان أقر عندى بكذا
وأشهدنى على نفسه أى المقر (وأداء)
شهادة (الفرع أن يقول اشهد ان فلانا
أشهدنى على شهادته ان فلانا أقر
عنده بكذا وقال) الاصل (لى اشهد
على شهادتى بذلك) أى بان فلانا
أقر عندى بكذا وهذا اللفظ أطول من
هذا واقصر منه لكن ذكر الوسط الى
العدل أقرب وخير الامور أوساطها أما
الاطول فهو ان يقول الاصل اشهد
بكذا وانا أشهدك على شهادتى وفيه خمس
فاشهد على شهادتى ويقول الفرع اشهد ان فلانا
شينات ويقول الفرع اشهد ان فلانا
شهد عندى بكذا واشهدنى على
شهادته بذلك وأمرنى ان أشهد على
شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك
وفيه ثمان شينات والاقصر ان
يقول الفرع اشهد على شهادة فلان
بكذا وفيه شينان

به قريبا فيما سيأتي (قوله والاصح ما اختاره بعض المشايخ) يعني المصنف في (قوله والاقدم اختيار أبي جعفر الخ) وهو اسهل وايسر وروى ان أبا جعفر كان يشترطه فيه ثم لما عمي ولم يخرج لم يلزم الرواية من الكبر فانقاد وتبين (قوله ولا شهادة لفرع الخ) الا ان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء وقيد العذر بشهادة الفرع أي عند القاضي لما في خزانة المفتين والاشهاد نفسه يجوز وان لم يكن بالاصول عذر وظاهر كلام المصنف الحصر في الثلاثة وليس كذلك ففي القنية الاصل اذا كانت امرأة مخدرة يجوز لها ان تشهد على شهادتها وهي التي لم تخالط الرجال ولو خرجت لقضاء حاجة أو حمام بحر (قوله أو سفره) دل كلام المصنف ان السلطان والامير لا يجوز اشهادهما وهما في البلد بحر عن القنية وفيه عن السراج اذا كان شاهد الاصل محبوسا في المصر فاشهد على شهادته هل يجوز للفرع ان يشهد على شهادته والقاضي الحكم بها اذا كان محبوسا في سجن هذا القاضي لا يجوز لان القاضي يخرجه من سجنه حتى يشهد ثم يعيده الى السجن وان كان في سجن الوالي ولا يمكنه الخروج للشهادة يجوز انتهى (قوله أو يغيبون الخ) فلا يجوز بمجرد مجاوزة المصر بل لا بد من الغيبة المذكورة (قوله وعن أبي يوسف انه لم يجعل السفر شرطا الخ) وعليه الفتوى بحر عن السراجية وفي التبيين واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وعن محمد انه يجوز كيفما كان حتى روى عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفرع على شهادته في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وفي النهاية عن السرخسي والسعدي اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصل في المصر يجب ان يجوز على قولهما لا على قول أبي حنيفة بناء على ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز ووجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما للمدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحكم زيلعي فعلى هذا لا يشترط لاداء الفروع ان يكون بالاصول عذر على قولهما (قوله فان عدلهم الفروع الخ) وكما صح تعديل الفروع للاصول كذا يصح تعديل الاصول للفروع زيلعي وحاصله ان القاضي اذا كان يعرف الاصول والفروع بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين دون الآخر سأل عن الذي لم يعرفهم انتهى (قوله صح التعديل) أي قبل تعديلهم لانهم من اهله وفي الصغرى وموضع فرارية وهو الصحيح لان الفرع نائب ناقل عبارة الاصل الى مجلس القاضي فبالنقل ينتهي حكم النيابة فيصير جنبيا فيصح تعديله انتهى والمراد ان الفروع معروفون بالعدالة عند القاضي فعدلوا الاصول وان لم يعرفهم بها فلا بد من تعديلهم وتعديل الاصول ولم يكتف بتعديل الفرع لاصله كذا يكفي في تعديل أحد الشاهدين صاحبه في الاصح لان العدل لا يتهم بمثله در ولو وردت شهادة فرع لفسق اصل لم تقبل شهادة أحدهما بعد ذلك بحر عن الخانية (قوله والا عدلوا) لان المأخوذ عن الفروع النقل دون التعديل تبيين (قوله وان تركوا تزكيتهم) بان سكتوا أو قالوا لا نعرف حالهم على الصحيح شرنبلالية وشرح المجمع وكذا لو قالوا ليسوا بعدول در عن القهستاني معزيا للمحيط لكن في البحر عن الخانية ذا قال الفرع لا نخبرك انا نتهمه في الشهادة فان القاضي لا يقبلها انتهى اللهم الا ان يقال نفي الفرع العدالة عن الاصل لا ينافي وثوقه به في هذه الشهادة فحينئذ لا تنافي بين ما في البحر والدر (قوله وعند محمد لا تقبل) لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة ولأبي يوسف ان الواجب عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم حالهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما لو حضروا وشهدوا بنفسهم والفرع اذا لم يعرف الاصل بالعدالة ولا غيرها فهو مسيء في الشهادة على شهادته لترك الاحتياط بحر عن خزانة المفتين قال والاساءة أفحش من الكراهة (قوله بانكار الاصل الشهادة) أو خروجه عن أهليتها بفسق أو عمى أو خرس أو ردة أو جنون ونهيه عنها على الأظهر كما في الخلاصة لكن في المرغيني عدم العمل بمخالفته وفي الدرر عن الخانية

الاصول ... بعض المشايخ
اختيار أبي جعفر وابي الليث
والاصح ... ذكر في الكنز
... الائمة الحلواني
خوف ... [illegible] ... أصله
اختيار ... الفرع ... [illegible] ... هذه
(الا بموت) ... لا تقبل
أو مرضه أو سفره) أي الاصول شهود
شهود الفرع الا أن يموتوا أو يمرضوا
كلهم أو بعضهم ... مجلس
الاصل ... يستطيعون حضور ... لم
مرضا ... يغيبون مسيرة ثلاثة أيام
القضاء ... فصاعدا وعن أبي يوسف
... انه قال
وابالبها ... السفر شرطا في مسألة
انه ... المصر
ان كان ... لاداء الشهادة
ان ... القاضي ... مع
... الى ... ان يبيت ...
... يستطيع ... أي الاصول
الاشهاد (فان عدلهم) والا أي
الفروع صح) التعديل (وان
... تركوا تزكيتهم) ... لا تقبل
وان ... عند محمد
عند أبي يوسف وعند ... عدالة
شهادة الفروع اذا لم ... الفرع
الاصول (وتبطل شهادة الفرع
بانكار) شاهد الاصل الشهادة)

ومعنى المسئلة انهم قالوا اما الشهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة ... منعهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكروا كذا في الكافي (ولو شهدا) أي شاهدا الفرع (على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف) درهم (وقالا) أي شاهدا الفرع (خبرانا) أي شاهدا الاصل (انهما عرفانها فجاء) أي المدعي (بامرأة وقالا) أي شاهدا الفرع (لم ندر اهي هذه أم لا قيل للمدعي) قد ثبت الحق على فلانة بنت فلان الفلانية بشهادة هذين الشاهدين ثم (هات شاهدين) آخرين (انها) أي هذه المرأة (فلانة) بنت فلان الفلانية (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) أي اذا ورد كتاب القاضي الى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان ابن فلان ان لفلان بن فلان على فلان كذا من المال وأنكر ذلك الرجل ان يكون هو فلان بن فلان فلا يكون كتاب القاضي الى القاضي حجة عليه ما لم يشهد آخران انه فلان بن فلان (ولو قالا) أي الفرعان (فيهما) أي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان (التميمية لم تجز) هذه الشهادة (حتى ينسباها الى فخذها) وهو القبيلة الخاصة بالنسبة الى ما فوقها من الشعب ونحوها قيل هذا في العرب اما في العجم فلا يشترط ذكر الفخذ وقيل في بلادنا النسبة الى فرغانة نسبة عامة والى الاوزجند نسبة خاصة وقال الامام البزدوي النسبة الى سمرقند وبخارى لا تصلح للتعريف وقيل النسبة الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة عامة كذا في الاصل (ولو اقر) الشاهد (انه شهد زورا يشهر ولا يعزر) مطلقا واعلم ان شاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته أو لم يتصل فقال أبو حنيفة تعزيره تشهيره ولا يضرب ولا يسود وجهه فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر في أجمع ما كانوا ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس عنه وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي وذكر شمس الأئمة السرخسي يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما قال الحاكم الامام أبو محمد الكاتب ان رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وان رجع على سبيل

نهى الاصل والفرع عن الشهادة لا يصح وجرى عليه في متن التنوير وفي الخانية اذا حضر الاصول قبل القضاء لا يقضى بشهادة الفروع قال في البحر وظاهر قوله لا يقضى دون ان يقول بطل الاشهاد ان الاصول لو غابوا بعد ذلك تقضى بشهادتهم (قوله ومعنى المسئلة انهم قالوا اما لنا شهادة) اما لو سئلوا فسكتوا قبلت درر عن الخلاصة (قوله على فلانة الخ) يشير الى انه يشترط في الاشهاد الاعلام باقصى ما يمكن بحر لان مجالس الاشهاد كمجالس القضاء (قوله قيل للمدعي الخ) لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة فلعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة فهذا من قبيل ما مر من شهادة قاصرة يتمها غيرهم درر ونظيره اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود وشهدوا على الشراء بذكر الحدود ولا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود في يد المدعى عليه وكذلك اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده ولو أقر ان عليه لفلان بن فلان الفلاني كذا فجاء رجل بهذا الاسم وادعاه وقال اردت به رجلا آخر مسمى بذلك صدق قضاء ولا يقضى عليه بالمال بحر عن البزازية (قوله ثم هات شاهدين انها فلانة) ولو مقرة در لاحتمال التزوير (قوله وكذا كتاب القاضي) لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل بحر (قوله وانكر ذلك الرجل الخ) كذا قيد بالانكار الزيلعي والعيني والدرر فمقتضاه انه لو لم يكن منكرا لا يكلف الاتيان بشاهدين آخرين يشهدان ان تلك النسبة للحاضر وهو خلاف ما في البحر وجرى عليه في الشرنبلالية والدر من انه يكلف ذلك ولو مقرا معللا باحتمال التزوير (قوله حتى ينسباها الى فخذها) او جدها اذ لا بد من التعريف وهو لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة الى بني تميم عامة اذ لا يحصى عددهم بخلاف النسبة الى الفخذ لانها خاصة حتى ان ذكره يقوم مقام ذكر الجد لانه اسم الجد الاعلى فقام مقام ذكر الجد الادنى درر والحاصل ان التعريف بالاشارة الى الحاضر وفي الغائب لا بد من ذكر الجد خلافا لابي يوسف ونسبتها الى زوجها تكفي لان المقصود الاعلام وذكر اسم العبد واسم المولى واسم ابيه يكفي وبه يفتى خلافا للسرخسي لحصول التعريف بذكر ثلاثة اشياء بحر واختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد او لا شرنبلالية عن الكمال وان كان معروفا بالاسم المجرد مشهورا كابي حنيفة يكفي ولا حاجة الى ذكر الاب والجد فالمعتبر انما هو حصول المعرفة وارتفاع الاشتراك (قوله وهو القبيلة الخاصة الخ) عبارة البحر الفخذ بالكسر وبالسكون للتخفيف دون القبيلة وفوق البطن وقيل دون البطن وفوق الفصيلة وهو مذكر والفخذ من الاعضاء مؤنثة وتجمع على افخاذ انتهى معزيا للمصباح (قوله من الشعب) بفتح الشين شيخنا (قوله أما في العجم فلا يشترط الخ) في ايضاح الاصلاح وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ لانهم ضيعوا انسابهم بحر (قوله النسبة الى سمرقند وبخارى لا تصلح للتعريف) لكونها عامة (قوله ولو أقر انه شهد زورا الخ) والرجال والنساء واهل الذمة في شهادة الزور سواء عيني (قوله يشهر) بضم الياء وسكون الشين وفتح الهاء مخففة كذا ضبطه الشلبي بخطه وكذا الغزي وضبطه العيني بالقلم بتشديد الهاء وكذا ابا كير بخطه حموي (قوله ولا يعزر) يعني بالضرب (قوله اتصل القضاء بشهادته او لم يتصل) بيان للاطلاق في قوله ولا يعزر مطلقا (قوله ولا يسود وجهه) عبر بعضهم بالتسخيم وهو بالخاء المعجمة والحاء المهملة قال في الشرنبلالية ولا يسخم وجهه بالخاء والحاء كما في الفتح (قوله فيبعثه الخ) وبعثه مع اعوانه اعم من ان يكون ماشيا او راكبا أو على بقرة كما يفعل الآن بحر (قوله وقالا يضرب ويحبس) لان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين وسخم وجهه وله ان شريحا كان يشهره ولا يضربه ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به وما ورد عن عمر محمول على

السياسة بدلالة التبليغ الى أربعين وهو حد العبد فى القذف ويدل عليه التسخيم أيضا لانه مثلة قال فى البحر وفى السراجية الفتوى على قوله ورجح فى فتح القدير قولهما وقال انه الحق وشريح وان كان تابعيا لكنه زاحم الصحابة فى الفتوى وسوغوا له فى الاجتهاد ورجعوا الى قوله فى المناظرة فمن كان فى هذه المثابة من أئمة التابعين فحكمه حكم الصحابة فانه كان قاضيا فى زمن عمر ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم فكيف لا يكون وهو بحضرة منهم فيكون تقليده تقليدهم ضرورة زيلعى فسقط ما عساه يقال كيف احتج الامام بفعل شريح مع انه تابعى وهو لا يرى تقليد التابعى شرنبلالية عن الكافى (قوله الاصرار) أى على ما كان (قوله ولو تاب الخ) ويرجع فى ظهور توبته الى رأى القاضى فى الصحيح اذ قبولها وردها اليه فيكون تعرف حاله فى التوبة اليه وعند بعض المشايخ يقدر بعام وعند آخرين بنصفه شرنبلالية عن البرهان (قوله تقبل شهادته فى الاصح) اطلقه فعم ما لو كان عدلا أو مستورا وهو رواية عن أبى يوسف وبه يفتى وقيل ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق وان كان عدلا أو مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا تعتمد عينى (قوله لا طريق الى معرفة ذلك بالبينة) لانه من باب النفى والبينة حجة الاثبات ولا تهمة فى اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير زيلعى فان قلت سبق عند الكلام على قول المصنف ولا يسمع القاضى الشهادة على الجرح المجرد ان المدعى عليه اذا أقام البينة ان المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم لاداء الشهادة واعطاهم العشرة من مالى الذى فى يده وطلب استرداده تقبل قلت لا يلزم من قبول بينة المدعى عليه لرد الشهادة كونهم شهود زور حتى لا يلزمهم التعزير (قوله أما بدونه فلا) كما اذا ادعى السهو أو الغلط أو الخطأ أو ردت شهادته لتهمة أو مخالفة بين الدعوى والشهادة أو بين الشهادتين زيلعى

* (كتاب الرجوع عن الشهادة) *

الرجوع فى اللغة نقيض الذهاب واصطلاحا نفى ما اثبته بحر عن المصباح والمحيط (قوله اذ الرجوع عنها من اسباب شهادة الزور) فيه ان شهادة الزور سبب الرجوع عن الشهادة لا ان الرجوع سبب لشهادة الزور حموى (قوله وكان ينبغى الخ) لان الشهادة المرجوع عنها فرد من افراد مطلق الشهادة حموى فكان داخلا تحتها كدخول النواقض فى الطهارة منح الغفار (قوله الا ان الرجوع عنها كان مباينا الخ) يعنى ومباين الشئ قسم برأسه غير مندرج تحته فلهذا الحقه بالكتاب المشعر بالاستقلال وكان الظاهر ان يقول الا ان الرجوع لما كان مباينا لها الحقه الخ (قوله ثم له ركن الخ) وسببه ارادة توبة عن ذنب الشهادة زورا حموى (قوله شهدت بزور) مثله رجعت عما شهدت به أو كذبت فى شهادتى وانكارها لا يكون رجوعا بحر عن خزانة المفتين (قوله وهو ان يكون عند القاضى) فلا يصح الرجوع عند غيره وفائدته عدم رجوع البينة على رجوعه وعدم استحلافه اذا انكر بحر (قوله وجوب التعزير) هذا فى غير شهادة الزنا أما فيها فيجب الحد للقذف منهم سواء كان قبل القضاء أو بعده ولو بعد الامضاء رجما كان أو جلدا خلافا لزفر فى الرجم ولا فرق فى وجوب التعزير بين كونه قبل القضاء أو بعده وفى الفتح ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر فى انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده والتهور والعجلة ان كان اخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وبحث فيه فى البحر بان رجوعه قد يكون لقصد اتلاف الحق ولجواز كون المشهود عليه غره بمال لا لما ذكره لكنه خاص بما قبل القضاء وأما بعده فقد يظن بجهله انه اتلاف على المشهود له مع انه اتلاف لماله بالغرامة حموى (قوله والضمان) وسببه اتلاف المال أو النفس بها تنزيلا للسبب منزلة المباشرة ففى شهادة الزنا يجب عليهم الدية ان رجعوا بعد الرجم لا بعد الجلد وان مات

الاصرار يعزر بالضرب بلا خلاف
وان كان لا يعلم فعلى هذا الاختلاف
ولو تاب بعد ما شهد بزور تقبل شهادته فى
الاصح وعزر اى الجامع الصغير المعروف
قيل انما وضع المسألة فى الاقرار لانه
لا طريق الى بيان معرفة ذلك بالبينة
وذكر فى المغنى قال صاحب الاقضية
وشاهد الزور عندنا المقر على نفسه
بذلك أو يشهد بموت رجل أو بقتله
فيجئ المشهود بقتله او بموته حيا فعلم
من هذا ان شهادة الزور قد تعلم بدون
الاقرار بالكذب لكن ينبغى ان
يختص التعزير بالاقرار بذلك متعمدا
امابدونه فلا كما اشار اليه فى الهداية
(كتاب الرجوع عن الشهادة)
تناسب الكتابين ظاهر اذ الرجوع عنها
يقتضى سبقها وله مناسبة خاصة
بشهادة الزور اذ الرجوع عنها من
اسباب شهادة الزور وكان ينبغى
ان يقول باب الرجوع الا ان الرجوع
عنها كان مباينا لها فالحقه بالكتاب
تنبيها الا الايات ثم له ركن وشرط
قول الشاهد شهدت بزور وحكم وهو
وهو ان يكون عند القاضى وحكمه
وجوب التعزير والضمان معه

منه بحر (قوله بعد القضاء) وقبله التعزير فقط زيلعى (قوله وكان المشهود به مالا) فلا ضمان لو رجعا عن منفعة النكاح بعد الدخول ومنفعة دار شهدا على المؤجر انه آجرها باجارتها باقل من أجر مثلها ثم رجعا بحر لكن نقل الحموى عن المقدسى انه ينبغى ان يضمنا فى منفعة الوقف واليتيم ودار الغلة كما اختاره المتأخرون من ضمان متلفها انتهى (قوله بغير عوض يعدله) لانه بعوض اتلاف صورة لا معنى كما اذا شهدا عليه بالبيع بمثل القيمة فكان كلا اتلاف وقدر الواجب على قدر الاتلاف لانه السبب والحكم يتقدر بقدر العلة (قوله الا عند قاض) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم فاذا كان الرجوع عند غيره لا يصح فلو أقام المقضى عليه بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير القاضى أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقرا انهما رجعا عند غير القاضى حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما فى الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة انهما رجعا عند قاض آخر غير الذى كان قضى بالحق حيث يقبل بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا زيلعى وتبعه العينى قال شيخنا ولم يقيده بان القاضى قضى عليهما بالضمان ولا بد من هذا القيد كما فى البحر عن خزانة المفتين قال ولو ادعى المدعى عليه القضاء بالرجوع والضمان لا تسمع منه البينة ولا يحلف عليه اذ الرجوع لا يصح ولا يصير موجبا للضمان الا باتصال القضاء به (قوله لم يقض) لان كلامهما متناقض ولا ضمان عليهما لاحد الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد عينى لا فرق فى عدم القضاء بالشهادة بعد الرجوع وقبله بين ما لو رجعا عن الشهادة أو بعضها حتى لو شهدا بدار وبنائها أو بأمة وولدها ثم رجعا فى البناء والولد لم يقض بالاصل بحر عن جامع الفصولين معللا بان الشاهد فسق نفسه وشهادة الفاسق ترد (قوله وبعده لم ينقض) لترجحه بالقضاء بخلاف ظهور الشاهد عبدا أو محدودا فى قذف فان القضاء يبطل ويرد ما اخذ وتلزم الدية لو قصاصا ولا يضمن الشهود لما مران الحاكم اذا أخطأ فالغرم على المقضى له تنوير وشرحه وقوله لم ينقض بالبناء للمجهول أو للمعلوم حموى (قوله وضمنا ما أتلفاه) وقضاء القاضى وان كان علة التلف لكنه ملجأ من جهتهم فكان التسبيب منهم تعديا فيضاف الحكم اليه أى الى التسبيب كما فى حفر البئر على قارعة الطريق شيخنا وانما كان ملجأ لوجوب القضاء عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر قال ابن الفرس فى شرح عقيدة الطحاوى القاضى اذا تم عنده كلام المدعى والمدعى عليه واتضح له الامر وسأله الخصم الحكم الشرعى وجبت عليه اجابته ومتى امتنع من ذلك مستحلا يكفر حموى (قوله اذا قبض المدعى المال) لعدم الاتلاف قبله فى شرح الوقاية والتقييد بالقبض يشير الى عدم الضمان قبله وان كان بعد الحكم حموى اعلم ان المصنف تبع فى التقييد بقبض المال صاحب الهداية تبعا للسرخسى وصاحب المجمع اطلق الضمان بلا تقييد بالقبض تبعا للخلاصة والبزازية وخزانة المفتين وعليه الفتوى ولهذا اجرى عليه فى متن التنوير وفى الخلاصة انه قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما وفرق فى المحيط بين الدين والعين فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها قبضها المشهود له ام لا لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف وضمان الاتلاف مقدر بالمثل ان كان المشهود به مثليا أو بالقيمة ان لم يكن مثليا وان كان المشهود به دينا فرجعا قبل القبض لا يضمنون وان بعد القبض ضمنوا لانهم اوجبوا عليه دينا فيجب فى ذمتهما مثل ذلك ولا يستوفى منهم الا بعد قبض المشهود به تحقيقا للمعادلة انتهى وهذا قول شيخ الاسلام بحر قاسم الاشارة من قول الشيخ العينى وهذا بالاجماع عائد الى تضمين الشاهدين لا الى شرطه يدل عليه سياق كلامه (قوله أو عينا) وكذلك العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبى حنيفة وأبى يوسف لعدم تحققه فيه زيلعى وقوله عندهم أى عند أبى حنيفة وصاحبيه بقى ان يقال ظاهر كلام الزيلعى يفيد عدم اشتراط القبض فى العقار لوجوب الضمان على الشاهد اذا رجع بعد القضاء من غير خلاف وليس كذلك بل الخلاف ثابت ولذا

بعد القضاء وكان المشهود به
مالا وقد ازاله بغير عوض يعدله
(لا يصح الرجوع عنها الا عند قاض)
تنكيره يشير الى انه يشترط مجلس
القضاء اى قاض كان ولا يشترط
الرجوع عند الذى شهدا عنده (فان
رجعا عن شهادتهما (قبل حكمه
لم يقض) القاضى (وبعده) اى وان
رجعا بعده (لم ينقض) حكمه (وضمنا
ما أتلفاه) من المال (المشهود عليه اذا
قبض المدعى المال) مطلقا سواء كان
(دينا أو عينا)

قال شيخنا هذا على قول شيخ الاسلام وعلى قول شمس الائمة لا يضمنه الشاهدان بالرجوع الا اذا قبضه المدعى كالمنقول انتهى (قوله وقال الشافعى لا يضمنان) لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشر قلنا القاضى هو المباشر ولا يمكن ايجابه عليه لانه ملجأ ولا على المدعى لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب ومن العجب انه يوجب القصاص عليهم اذا رجعوا بعدما قتله الولى وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم اعظم ولا يوجب المال مع انه يثبت بالشبهة فان قلت أنتم ايضا اوجبتم المال على الشاهد اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل منهما اجزاء الجناية قلت القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال عينى (قوله وفى مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة الخ) هذا من الشارح نقل لكلامهما على وجه الاختصار واستفيد من تقييده بقوله ان كان المشهود به عينا انه اذا كان دينا ليس له ان يضمنها قبل القبض فدعوى السيد الحموى ان الشارح أخل فى نقل كلامهما الا انهما فرقا بين العين والدين وما نقله الشارح عنهما لا يفيد ذلك غير مسلمة كما هو ظاهر (قوله قبض المدعى العين اولا) لدخولها فى ملك المدعى بمجرد القضاء بدليل جواز تصرفه فيها دون المدعى عليه وفى الدين يشترط القبض اذ لا يخرج عن ملك المشهود عليه بدونه واعلم ان تضمين الشاهد لم ينحصر فى رجوعه بل يضمن أيضا بظهور كذبه كما لو شهدوا ان له عليه ألف درهم وقضى القاضى بذلك وأخذ الالف ثم أقام المقضى عليه البينة على البراءة قبل القضاء يضمن الشهود بحر عن فروق الكرابيسى ثم اعلم ان الضمان يسقط عنهما بأشياء الاول ضمنهما نصف المهر ثم أقر بالطلاق رده اليهما الثانى ضمنهما قيمة العبد ثم أقر بالعتق ردها اليهما الثالث ضمنهما قيمة العين ثم وهبها المشهود له للمشهود عليه ردها اليهما الرابع رجع او اهب فى هبته بقضاء بعدما ضمن الشاهدين يرد الضمان الخامس ورثه المقضى عليه رد الضمان بخلاف ما لو اشتراه بحر أيضا عن العتابية وفيه عنها شهدا على انه ابرأه من الديون ثم مات الغريم مفلسا ثم رجعا لم يضمنا للطالب لانه توى ما عليه بالافلاس انتهى (قوله ضمن النصف) اذ شهادة كل منهما يقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة فى النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق فيه الحجة وهو النصف ويجوز ان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعضه درر (قوله لم يضمن الراجع شيئا) لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وعند الثلاثة يضمن الراجع ثلث المال عينى (قوله ضمنا النصف) ولا يقال ينبغى ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيئا برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر زيلعى (قوله ضمنت الربع من المال) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف وهذا بالاجماع عينى (قوله فان رجعتا ضمنتا النصف) لانه ببقاء الرجل بقى نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجع امرأتان فلا شئ عليهما وهو ظاهر زيلعى (قوله لم يضمن) بتشديد النون لانه بقى من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان وعند الثلاثة يضمن ثمانية اجزاء النصف عينى (قوله ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة يبقى ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة زيلعى (قوله أى الرجل) وقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى أى الرجال فلهذا قال صوابه الرجل (قوله وعلى النسوة النصف) لانهن وان كثرن لا يقمن الا مقام رجل واحد وللامام ان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى ان كل اثنين منهن فى الميراث يقومان مقام

ابن

وقال الشافعى لا يضمنان وفى مبسوط
شيخ الاسلام والذخيرة ان كان المشهود
به عينا فله أن يضمنهما بعد الحكم قبض
المدعى العين أولا (فان رجع
أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن
بقى) من الشهود (لا لمن رجع) هذا
هو الاصل فى الباب (فان شهد ثلاثة
ورجع واحد لم يضمن) الراجع شيئا
(وان رجع آخر) من هذه الشهود
(ضمنا) أى الراجعان (النصف وان
شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت الربع) من المال (فان رجعتا
ضمنتا النصف وان شهد رجل
وعشر نسوة فرجعت ثمان) نسوة
(لم يضمن) أى الراجعات (فان
رجعت أخرى) والمسئلة بحالها (ضمن)
أى الراجعات التسع (ربعه فان
رجعوا) أى الرجل والنساء (فالغرم
بالاسداس) على الرجل السدس
وعلى النسوة خمسة أسداس لان كل
امرأتين تقوم مقام رجل واحد وقالا
على الرجل النصف وعلى النسوة
النصف (وان شهد رجلان عليه
أو عليها

ابن واحد عند الاختلاط وعند انفرادهن لا يزاد لهن على الثلثين وان كثرن وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن النصف اتفاقا وكذا اذا رجع الرجل وحده وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هى بعض الشاهد زيلعى ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس ولو رجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا شئ على المرأة وعنده عليهما اثلاثا منح الغفار وقوله ولو رجل وامرأة أى ولو رجع رجل وامرأة (قوله بنكاح) قيد به لانهما لو شهدا عليها بقبض المهر او بعضه ثم رجعا بعد القضاء ضمناه لها لانهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان او كثيرا بحر وتبيين (قوله بقدر مهر مثلها الخ) وكذا لو شهدا باقل من مهر المثل لا يضمنان النقصان وفى المنظومة وشرحها يضمنان ما نقص عندهما خلافا لابى يوسف وفى الهداية وشرحها لا يضمنان وهو المعتمد فى المذهب بحر لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف اذ التضمين يستدعى المماثلة وانما تضمن وتتقوم بالتملك لضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح بأن شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعدله فلا ضمان عليهم وان بعوض لا يعدله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض (قوله لم يضمنا) لان الاتلاف بعوض يقابله كلا اتلاف (قوله ضمناها) اى الزيادة للزوج لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض (قوله فيما اذا ادعت المرأة) وفى عكسه لا ضمان مطلقا سواء كان المسمى قدر مهر المثل أو لم يكن بأن كان أكثر منه او أقل حموى (قوله ولم يضمنا فى البيع الخ) قيل بالبيع فقط لانهما لو شهدا به مع قبض الثمن فان شهدا بهما متفرقين ثم رجعا عن الشهادتين فانهما يضمنان الثمن وان كان جملة واحدة وجبت القيمة ولو شهدا بالبيع والاقالة معا فلا ضمان بحر وزيلعى (قوله فحينئذ يضمنان) أى ما نقص لانهما اتلفاه عليه بلا عوض واعلم ان الفعل وهو يضمن من قول الشارح يضمنان وقع فى النسخة التى كتب عليها الحموى مجردا عن علامة التثنية بصيغة الافراد فلهذا قال والفعل مبنى لما لم يسم فاعله (قوله هذا اذا كان المدعى مشتريا) بأن شهدا على البائع ببيع عبده بمائة وهو يساوى مائتين ثم رجعا ضمنا المائة لانه اتلاف بغير عوض ولو كان بمثل قيمته أو اكثر لم يضمنا وعكس ذلك الشراء فيضمنان ما زاد لا ما نقص وعلى هذا فقول الشارح اما اذا كان بائعا فلا يضمنان أى نقصانا وانما يضمنان ما زاد للمشترى لكن لا محل لقوله أيضا فتأمل حموى ولو قال المصنف كما فى التنوير وضمنا فى البيع والشراء ما نقص عن قيمة المبيع او زاد لكان اولى (قوله او فيه خيار البائع) أى ومضت المدة لاستناد الحكم عند سقوطه الى السبب السابق وهو البيع اما اذا أجازه اختيارا أو فسخه فى المدة فلا ضمان كذا فى البحر بالمعنى والمراد انهما اذا شهدا عليه بالبيع بشرط الخيار له فقضى بها ثم رجعا عن الشهادتين لا يضمنان النقصان الا اذا انقضت مدة الخيار بدون فسخ او اجازة ويترتب على تضمينهما النقصان بعد انقضاء مدة الخيار مع كونه متمكنا من الفسخ ما سيأتى عن الزيلعى من الاشكال وجوابه ولو شهدا على البائع بالبيع بألفين الى سنة وقيمته ألف فان شاء ضمن الشهود قيمته حالا وان شاء أخذ المشترى بالثمن الى سنة وايا ما اختار برئ الآخر بحر عن خزانة المفتين فان اختار الشهود رجعوا بالثمن على المشترى ويتصدقون بالفضل وتمامه فى منح الغفار فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع فى المدة فان لم يفعل فقد رضى بالبيع فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشترى المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يعتبر كالمقر بالبيع فتناقض كلامه عند الناس فيكون كذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك زيلعى (قوله قبل الوطء) والخلوة تنوير

بنكاح بقدر مهر مثلها او رجعا لم يضمنا
وان زاد عليه) أى على مهر المثل
(ضمناها) أى الزيادة للزوج وفيما
ذا ادعت المرأة النكاح والرجل جاحد
(ولم يضمنا فى البيع الا ما نقص من
قيمة المبيع) فحينئذ يضمنان هذا
اذا كان المدعى مشتريا اما اذا كان
بائعا فلا يضمنان أيضا ولا فرق بين
أن يكون المبيع باتا أو فيه خيار البائع
(وفى الطلاق) أى ان شهدا على رجل
انه طلق امرأته (قبل الوطء) ثم رجعا

(قوله ضمنا نصف المهر) لو مسمى والا فالمتعة لانهما أكداعليه ما كان على شرف السقوط بردتها او تقبيلها ابن زوجها أطلقه فشمل ما بعد الموت كما لو شهدا انه قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرما للورثة نصف المهر ولم ترث للحكم بالبينونة فى حياته ولو شهدا بعد موته أنه طلقها فى حياته قبل الدخول ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث لان المهر كان مؤكدا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث زيلعى عن الكافى ولو شهدا انه طلقها ثلاثا وآخران انه طلقها واحدة قبل الدخول ثم رجعوا فضمان نصف المهر على شهود الثلاث لا غير للحرمة الغليظة تنوير وشرحه (قوله ولم يضمنا بعد الوطء) لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعى يضمنان للزوج مهر المثل عينى ولو قال بعد الوطء او الخلوة كما فى التنوير لكان اولى (قوله وفى العتق الخ) وفى التدبير ضمنا ما نقصه وهو ثلث قيمته ولو مات المولى عتق من الثلث ولزمهما بقية قيمته وفى الكتابة يضمنان قيمته كلها ولا يعتق حتى يؤدى ما عليه اليهما وتصدق بالفضل والولاء لمولاه ولو عجز عاد اولاء ورد قيمته على الشهود وان اختار المولى عدم تضمين الشهود واتبع المكاتب كان له ذلك وفى الاستيلاد يضمنان قيمتها بأن تقوم قنة وأم ولد لو جاز بيعها فيضمنان ما بينهما فان مات المولى عتقت وضمنا بقية قيمتها تنوير وشرحه بتقليل زيادة وقوله وتصدق بالفضل حق العبارة ان يلحق بلفظ تصدق علامة التثنية أى وتصدق الشاهدان بالفضل ولو لم يكن للمولى مال سوى العبد الذى شهدا بتدبيره عتق بموت المولى ثلثه وسعى فى ثلثيه وضمن الشاهدان ثلث القيمة ولم يرجعا به على العبد فان عجز العبد عن الثلثين يرجع به الورثة على الشاهدين ويرجع به الشاهدان على العبد يعنى اذا أيسر بحر عن المحيط قال وبه علم ان ما ذكره الزيلعى من ان العبد اذا كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر سهو لما علمت من انه انما يرجعان عليه بالثلثين وهو مصرح به فى المبسوط وقدمنا ان الفتوى ان قيمة المدبر نصف قيمته لو كان قنا انتهى (قوله ضمنا القيمة) موسرين كانا ومعسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه وان لزم منه فساد ملك صاحبه والولاء للذى شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان زيلعى (قوله وفى القصاص الدية) ولو شهدا بالعفو لم يضمنا لان القصاص ليس بمال در (قوله بعد القتل) لو قال بعد الاستيفاء ليشمل ما اذا كان القصاص فى النفس أو ما دونها كما فى البحر لكان اولى (قوله ضمنا الدية) وفى السراج الوهاج ان الدية التى على الشاهدين تكون فى مالهما فى ثلاث سنين ولا كفارة عليهما ولا يحرمان الميراث بأن كانا ولدى المشهود عليه فانهما يرثانه بحر (قوله وقال الشافعى يقتصان) لانهما تسببا القتله فصار كالمكره ولنا ان الفعل الاختيارى من الولى والحاكم يقطع النسبة الى السبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء بخلاف المكره ولان أقل احواله ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة زيلعى قال وان رجع الولى معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولى بالخيار ان شاء ضمن الولى الدية وان شاء ضمن الشاهدين وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبى حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولى وان ضمن الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولى لانهما عاملان له فى الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها وللامام ان الشهود ضمنوا الاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولى فانه ضمن بالاتلاف فلا يرجع واتفقوا على رجوعهما عليه فى الخطأ (قوله ضمنوا) لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم فى مجلس القضاء زيلعى (قوله بلم نشهد الفروع) أى بقولهم لم نشهد الفروع عينى لانهم انكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء لانكارهم التحميل وهو شرط زيلعى واليه أشار الشارح بقوله ان رجعوا بعد القضاء (قوله وغلطنا) كذا لو قالوا رجعنا عنها لعدم اتلافهم ولا الفروع لعدم رجوعهم در ولو أبدل المصنف قوله بلم نشهد الفرع الخ بقوله برجوعهم

(ضمنا نصف المهر ولم يضمنا) لو كانت
الشهادة بالطلاق (بعد الوطء وفى العتق)
أى لو شهدا على رجل انه أعتق عبده
ثم رجعا (ضمنا القيمة وفى القصاص)
أى ان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد
القتل ضمنا (الدية ولم يقتصا) وقال
الشافعى يقتصان (وان رجع شهود
الفرع ضمنوا الا شهود الاصل بلم نشهد
الفروع على شهادتنا) أى لا يضمن
شهود الاصل ان رجعوا بعد القضاء
فقالوا لم نشهد الفروع على شهادتنا
(أو أشهدناهم وغلطنا)

لكان أولى ليشمل المسئلتين وليفهم انكار الاشهاد بالاولى بحر (قوله وعند محمد في الثانية الخ) لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القضاء فصار كأنهم حضروا بأنفسهم فشهدوا ثم رجعوا ولابي حنيفة وأبي يوسف ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون سبب الاتلاف ولا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القضاء فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا زيلعي فتحصل من كلام الزيلعي ان الخلاف مبني على ان الاشهاد على الشهادة انابة وتوكيل عند محمد وعندهما تحميل فما في البحر وجرى عليه بعضهم كالحموي من انه انابة وتوكيل عندهما وعنده تحميل صوابه العكس (قوله ضمن الفروع فقط) دون الاصول لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهي من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر زيلعي (قوله وعند محمد المشهود عليه بالخيار الخ) لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين شهادتهم و بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ولا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد لان جهتي شهادتهم متغايرتان شهادة الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ثم أي فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته زيلعي قال المقدسي قلت فعلى هذا الفروع حينئذ معذورون ولا علم لهم بحال الاصول فكان ينبغي ان لا يضمنوا الا اذا علموا انهم غير محقين وشهدوا ثم رجعوا أما اذا لم يعلموا فنقلوا شهادتهم ثم رجع الاصول فرجعوا تبعا لهم فلا ينبغي الضمان والتحقيق ان يقال ان اعترفوا بعدم التحميل و رجعوا بناء على ذلك يضمنون وان قالوا رجعنا تبعا للاصول لانهم رجعوا عما حملونا فلا حموي (قوله ولا يلتفت الخ) أي بعد الحكم شهادتهم لان ما مضى من الحكم لا ينتقض بقولهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بانهم كذبوا عيني (قوله وعندهما لا يضمن) لانه أثنى على الشهود خيرا فصار كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصار في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض والخلاف فيما اذا قالوا تعمدنا او علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم أما اذا قال المزكي أخطأت فيها فلا ضمان اجماعا بحر (قوله لا شهود الاحصان الخ) ففي كلام المصنف لف ونشر مشوش (قوله والشرط) عطف على الاحصان عطف عام على خاص اذ الاحصان شرط لتوقف وجوب الحد عليه بلا عقلية تأثير ولا افضاء وأراد من الشرط ما ليس بعلة فشمل السبب فلا ضمان على شهود التفويض والضمان على شهود الايقاع بحر قال والشرط عند الاصوليين ما يتوقف عليه وليس بمؤثر في الحكم ولا يفضي اليه والعلة المؤثرة في الحكم والسبب هو المفضي الى الحكم بلا تأثير والعلامة ما دل على الحكم وليس الوجود متوقفا عليه (قوله فالضمان على شهود اليمين) أي التعليق لان اليمين هو السبب والتلف انما يضاف لمن أثبت السبب دون الشرط عيني (قوله وقال زفر على الفريقين) لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين شهود العلة اذ التلف انما حصل بالاعتاق وهم الذين أثبتوه والتعليق بالشرط كان مانعا فعند وجود الشرط أضيف التلف الى علته لا الى زوال المانع زيلعي ودرر (قوله اختلف المشايخ) والصحيح أنهم لا يضمنون بحال عيني

* (كتاب الوكالة) *

قال في مسائل شتى من آخر هذا الكتاب لو قال وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا لان سكوته دليل

وعند محمد في الثانية يضمن الاصول (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) دون الاصول عندهما وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع (ولا يلتفت الى قول الفروع) مطلقا سواء قال الفروع (كذب الاصول أو غلطوا) في شهادتهم (وضمن المزكي بالرجوع) عن التزكية عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن (و) ضمن (شهود الزنا وشهود اليمين لا شهود الاحصان والشرط) أي اذا شهد شاهدان باليمين أي قالا انه قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين وقال زفر على الفريقين ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ [illegible] في الاحصان

(كتاب الوكالة) المناسبة بين الشهادة والوكالة ان كلا منهما من باب الولاية على الغير

القبول ونفذ رد هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من انه يصير وقفا عنده بمجرد قوله وقفت داري انتهى زيلعي (قوله على سبيل الاعانة) فكل من المدعي والموكل استعان بالشاهد والوكيل لكن لم يبين الشارح نكتة تقديم الشهادة وكانه لان معنى الولاية فيها أتم (قوله اسم للتوكيل) أي اسم مصدر حموي (قوله وهو الحفظ) أي اسم مصدر التوكيل شيخنا فأشار الى ان مرجع الضمير في قوله وهو الحفظ هو اسم مصدر التوكيل الذي هو الوكالة (قوله ومنه الوكيل في اسمائه) أي من كون الوكالة بمعنى الحفظ الوكيل في اسمائه الخ كذا ذكره شيخنا (قوله ومنه التوكيل) أي من كون تركيب الوكالة يدل على معنى الخ شيخنا (قوله وسمي الوكيل به) أي سمي الوكيل وكيلا لان الموكل الخ (قوله وكل اليه الخ) بفتح الكاف المخففة شيخنا (قوله لانه موكل اليه الامر) صوابه موكول كما في العناية والصحاح والمغرب ووجهه ان اسم المفعول من فعل كنصر ووكل على وزن مفعول ومن افعل مفعل وفي بعض النسخ يوكل وعليه فلا اشكال شيخنا (قوله صح التوكيل) بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وكان البعث منهم بطريق الوكالة ووكل عليه السلام حكيم بن حزام بشراء أضحية وهو عام وخاص فالثاني ظاهر والاول نحو ان يقول ما صنعت من شئ فهو جائز فانه يملك جميع أنواع التصرفات حتى الطلاق قال الصدر الشهيد وبه يفتى واختار أبو الليث انه لو طلق او وقف لم يجز كذا في الولوالجية وقدمنا فتوى قاضيخان انه يختص بالمعاملات بحر وفي الشرنبلالية عن قاضيخان لو قال أنت وكيلي في كل شئ جائز امرك يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية واختلفوا في الاعتاق والطلاق والوقف قال بعضهم يملك ذلك لاطلاق لفظ التعميم وقال بعضهم لا يملك الا اذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث ثم نقل عن الناطفي ما لفظه وعن أبي حنيفة انه وكيل في المعاوضات لا في الهبات والاعتاق قال وعليه الفتوى وهذا قريب مما اختاره الفقيه أبو الليث انتهى وقال في الاشباه الوكيل ان كانت وكالته عامة ملك كل شئ الا طلاق الزوجة وعتق العبد ووقف البيت انتهى وفي حاشية الاشباه للحموي ينبغي ان لا يملك الابراء والحط عن المديون لانهما من قبيل التبرع الخ وقوله صح التوكيل اطلقه فشمل الاب والوصي في مال الصبي فلهما ان يوكلا بكل ما يفعلانه لكن يرد عليه العبد المأذون له يتزوج بنفسه لا يملك التوكيل به مع انه يملكه بنفسه والجواب انه بمنزلة الوكيل عن سيده وان كان عاملا لنفسه والوكيل لا يوكل الا باذن او تعميم ويرد عليه أيضا الاستقراض فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل كما في الزيلعي ووجهه ان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد أي عقد القرض وانما يجب بالقبض والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه شيخنا والضمير في لانه من قوله والامر بالقبض لا يصح لانه ملك الغير يرجع للمقبوض قال العيني قلت لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة يكون القرض للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز انتهى وقوله لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة الخ بان يقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه وعن أبي يوسف ان التوكيل بالاستقراض جائز انتهى وقوله لو أخرج الوكيل الكلام في الاستقراض مخرج الرسالة الخ بان يقول أرسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فحينئذ يثبت الملك للآمر لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف في ملكه قال شيخنا وهذا جواب بتسليم انه لا يجوز التوكيل بالاستقراض ولنا جواب يمنع عدم صحة التوكيل بالاستقراض هو ان الوكيل

على سبيل الاعانة في المعاملات ثم هي بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل وهو الحفظ ومنه الوكيل في أسمائه تعالى بمعنى الحافظ ولهذا قالوا اذا قال وكلتك بمالي انه يملك الحفظ فقط فيكون فعيلا بمعنى فاعل وقيل التركيب يدل على معنى الاعتماد والتفويض ومنه التوكل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا اليه فالتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل به لانه موكل اليه الامر أي مفوض اليه اعتمادا عليه والوكيل القائم بما فوض اليه فيكون فعيلا بمعنى مفعول لانه يوكل اليه الامر (صح التوكيل

بالاستقراض

بالاستقراض ان أضافه الى الموكل كان للموكل والا كان للوكيل كما فى البحر عن الخانية ويصح التوكيل بالاقراض وبقبض القرض بان يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه يصح كما فى البحر عن القنية (قوله وهواقامة الغير الخ) والرسالة تبليغ الكلام الى الغير بلادخل له فى التصرف كما فى الدرر وفى البحر فان قلت ما الفرق بين التوكيل والارسال فان الاذن والامر توكيل قلت الرسول ان يقول أرسلتك اوكن رسولا عنى فى كذا وقد جعل منه الزيلعى فى باب خيار الرؤية أمرتك بقبضه وفى النهاية انه من التوكيل وهو الموافق لما فى البدائع اذ لا فرق بين افعل كذا وأمرتك بكذا الخ (قوله فى التصرف) أى الجائز المعلوم حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت أدنى التصرفات وهو الحفظ كما اذا قال وكلتك بمالى بحر (قوله فلا يصح توكيل الصبى الذى لا يعقل) مطلقا أما الذى يعقل فيصح منه التوكيل بالنافع كقبول الهبة أما الضار كعتق وطلاق وتبرع فلا يصح وما تردد بين النفع والضرر كبيع يصح ان كان أذن له فى التجارة والا توقف على اجازة وليه واعلم ان توكيل المرتد موقوف اذا سلم نفذ وان هلك بطل عنده وقالا نافذ حموى ولا يصح توكيل عبد محجور وصح لو مأذونا او مكاتبا تنوير (قوله ممن يعقل العقد) بان يعرف ان الشراء جالب والبيع سالب ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل عينى قال شيخنا وفيه ان الكلام فى صحة التوكيل لا فى صحة بيع الوكيل وسيأتى ان الوكيل بالبيع المطلق يملك البيع بالغبن الفاحش فلا حاجة الى اشتراط عقلية الغبن الفاحش من اليسير ولهذا ترك هذا التفسير المصنف كما فى البحر وسبقه يعقوب باشا (قوله بكل ما يعقده الخ) بيان لضابط الموكل فيه وليس حدا فلا يرد عليه ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمى والذمى لا يوكل مسلما ببيع خمره وهو يملكه بحر قال ولو قال المصنف بكل ما يباشره لكان اولى ليشمل العقد وغيره الخ أى ليشمل ما لو وكله بالخصومة ونحوها كالقبض مما لا عقد فيه (قوله بنفسه) أى لنفسه فلا يرد ان الوكيل يعقده بنفسه ولا يوكل لكن يرد عليه ان الاب والجد يملكان شراء مال ولدهما الصغير ولا يملكان التوكيل به كما فى البحر عن السراج وفى التبيين قبيل الغصب انه يصح فلا يرد قال شيخنا ثم ظهر لى تسليم الورود وانه لا مخالفة بين ما فى السراج والتبيين وذلك ان ما فى السراج من انه لا يملك تملك مال ولده بالتوكيل بشرائه أى قصدا وما فى التبيين انما ملك تملكه لكونه فى ضمن التوكيل ببيعه فذلك الشراء ممن وكله بالبيع انتهى بان قال الاب لشخص وكلتك ببيع عبد ابنى منى (قوله قيل هذا على قولهما) اسم الاشارة عائد الى ما ذكره بقوله ممن يملكه (قوله حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى الخ) والتوكيل ببيع الآبق فانه صحيح ولا يملكه سيده (قوله وقيل المراد به الخ) يعنى فحينئذ يكون المصنف جاريا على قول الكل حموى (قوله أى الدعوى) فى اقتصار الشارح على تفسير الخصومة بالدعوى قصور لانه يوهم قصر التوكيل بالخصومة على ما اذا كان من طرف الطالب فلو أبقى المتن على اطلاقه متناولا لما اذا كان التوكيل من طرف الطالب او المطلوب لكان اولى ولهذا فسر الخصومة فى الجوهرة بقوله وهى الدعوى الصحيحة او الجواب الصريح وفى منية المفتى ولو وكله بالخصومة له لا عليه فله اثبات ما للموكل فلو أراد المدعى عليه الدفع لم يسمع واذا ثبت الحق على الموكل لم يلزمه ولا يحبس عليه ولو كان وكيلا عاما لانه لم تنتظم الامر بالاداء ولا الضمان بحر عن الخزانة ولا يقبل من الوكيل بينة على وكالته من غير خصم حاضر ولو قضى بها صح لانه قضاء فى مختلف فيه بحر أيضا عن القنية (قوله فى الحقوق) ولو حدا أو قصاصا أى ولو كان الحق الموكل فيه اثبات حد او قصاص حموى قال شيخنا رحمه الله وفى اطلاقه مؤاخذة اذ قد ذكر فى التبيين ان التوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا انتهى وعبارته ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا اقامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه ثم قال والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله به انتهى ثم رأيت بخط شيخنا عن فتاوى قاضيخان

وهو اقامة الغير مقام نفسه فى التصرف
ممن يملكه) فلا يصح توكيل الصبى
الذى لا يعقل والمجنون (اذا كان
الوكيل) ممن (يعقل العقد ولو صبيا
أو عبدا محجورا) أى صح التوكيل
(بكل ما يعقده بنفسه) كالبيع
والشراء والاجارة والنكاح والطلاق
والخلع والصلح والاستعارة والهبة
قيل هذا على قولهما واما على قول
أبى حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل
حاصلا بما يملكه الوكيل فأما كون
الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط
حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمى
بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم
الحلال ببيع الصيد وقيل المراد به
أن يكون مالكا للتصرف نظرا الى
أصل التصرف وان امتنع بعارض
وبيع الخمر يجوز للمسلم فى الاصل
وانما يمتنع بعارض النهى (و) صح
التوكيل (بالخصومة) أى الدعوى
والجواب (فى الحقوق

مانصه رجل وكل رجلا باثبات السرقة ان كان الوكيل يريد القطع كان باطلا وان كان يريد المال فهو مقبول وهو كما لو طلب المسروق منه ان يحلف السارق يقول له القاضى تريد المال والقطع ان قال أريد المال حلفه وان قال أريد القطع لا يحلفه الخ (قوله برضى الخصم) طالبا ومطلوبا ولو رضى فله الرجوع مالم يسمع القاضى الدعوى بحر (قوله يلزم منه التوكيل بلا رضاه) أى يكون التوكيل من المريض الذى حاله ما ذكر لازما بدون رضى الخصم حموى وفيه ايماء الى ما سيأتى فى كلام الشارح من ان الصحيح ان الخلاف فى اللزوم ووجه لزوم التوكيل بلا توقف على رضى الخصم اذا وجد عذر من مرض ونحوه ان جواب خصمه حينئذ غير مستحق عليه (قوله وان كان لا يزيده الركوب مرضا) فى الاصح كذا فى الشمنى وهو مخالف لما فى البزازية حيث قال أو يزيد مرضه لو ركب فى الصحيح ووجه المخالفة ماذكره السيد الحموى حيث قال وظاهره انه لو لم يزد مرضه بالركوب لا يصح توكيله قلت هذا الظاهر انما يتم ان لو كان المراد بالصحيح ما قابل الفاسد ولا يتعين اذ يحتمل ان يراد به ما قابل الاصح وعليه فلا تخالف الا ترى الى ما ذكره فى العناية فى بحث الاختلاف بين الرازى والكرخى فيما اذا اختلف الزوجان فى المهر فانهما لا يتحالفان عند الرازى الا فى وجه واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وعند الكرخى يتحالفان فى الوجوه كلها أى فيما اذا شهد مهر المثل له او لها ولم يشهد لواحد منهما واختلف شراح الهداية فى الترجيح ففى النهاية ذكر ان قول الرازى اصح وغيره من الشارحين ذكر ان قول الكرخى هو الصحيح فقال فى العناية ان أرادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون أصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله فى النهاية الخ (قوله وعندهما يصح الخ) لانه تصرف فى خالص حقه لتوكيله بالقبض وله ان الجواب مستحق عليه والناس تتفاوت فى الخصومة فلو قلنا بلزومه بلا رضاه لتضرر فتوقف عليه (تتمة) قال عبد الله بن جعفر كان على لا يحضر الخصومة وكان اذا خوصم فى شئ وكل عقيلا قال فى النهاية وانما كان يختار عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكى ان عليا استقبله يوما ومعه عنزله فقال على على سبيل الدعابة احد الثلاثة احمق فقال عقيل أما انا وعنزى فعاقلان اه شيخنا (قوله أو غائبا مدة السفر) ومن الاعذار ان لا يكون للموكل قدرة على البيان فى الخصومة بنفسه فان القاضى يقبل منه التوكيل كما فى الخانية يعنى ولا يتوقف على رضى خصمه واعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى اشتراط رضا الخصم وعدمه مقيد بما اذا لم يكن الموكل حاضرا مجلس القضاء كما فى الخانية وعبارتها ثم انما لا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم عند أبى حنيفة لمن لا عذر به اذا لم يكن الموكل حاضرا مجلس القضاء مع الوكيل انتهى (قوله أو مريدا للسفر) ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحكم فى المسجد زيلعى وهو مقيد بما اذا كان الطالب لا يرضى بالتأخير وأما حيض الطالبة فهو عذر مطلقا والنفاس كالحيض بحر عن خزانة المفتين ومن الاعذار ايضا الحبس اذا كان من غير القاضى الذى ترافعوا اليه واعلم ان ارادة السفر امر مبطن فلا بد من تصديق الخصم أو تحليف القاضى أو ينظر القاضى الى عدته أو يسال من رفقائه أو يتفحص عن حاله فى السر حموى عن المفتاح (قوله أو مخدرة) فيه اشارة الى ان الطالب ليس له مخاصمة زوجها ولكن لا يمنعه الزوج من الخصومة مع وكيل امرأته أو معها بحر عن خزانة المفتين (قوله أى صح لها التوكيل بغير رضا الخصم مطلقا) أى سواء كانت المخدرة معذورة باحد الاعذار المتقدمة وهى المرض والسفر ونحوهما ام لم تكن فقول السيد الحموى ليس فى كلامه تفصيل سابق ولا لاحق يقابله هذا الاطلاق غير مسلم ولو اختلفا فى كونها مخدرة فان كانت من بنات الاشراف فالقول لها بكرا او ثيبا لانه الظاهر من حالها وفى الاوساط القول قولها لو بكرا وفى الاسافل لا يقبل قولها فى الوجهين والخروج للحاجة لا يقدح فيه ما لم يكثر بان تخرج لغير حاجة بحر عن البزازية (قوله وهى التى لا يراها الخ) مأخوذة لغة من الخدر بكسر الخاء ستر يمد للجارية فى ناحية البيت والتخدير لزوم البنت الخدر حموى ومعنى المخدرة عرفا ما ذكره الشارح (قوله بعث القاضى امينا الخ) فى البحر عن خزانة المفتين يبعث اليها ثلاثة من العدول يستحلفها احدهم

برضى الخصم الا ان يكون الموكل
مريضا) بحيث لا يستطيع ان
يمشى على قدميه الى مجلس القضاء
ولو امكن ركوب الدابة والحمل على
على ايدى الناس يلزم منه التوكيل
بلا رضاه وان كان لا يزيده الركوب
مرضا فى الاصح هذا عند ابى حنيفة
وعندهما يصح بغير رضى الخصم
وهو قول الشافعى ثم قيل الخلاف
فى الصحة والصحيح ان الخلاف فى اللزوم
وفى النهاية الصحيح قولهما والشريف
وغيره سواء فعلى القاضى الالزام بغير
رضاه (أو غائبا مدة السفر أو مريدا
للسفر) ولو قال بانه يحتال ولا يريد
السفر قيل يحلفه القاضى وهو اختيار
الخصاف وقيل لا يحلفه بل ينظر الى
حاله فان كان عليه عدة السفر يلزمه
التوكيل والا لا (أو مخدرة) أى صح
لها التوكيل بلا رضى الخصم مطلقا
وهى التى لا يراها غير المحارم من الرجال
ولم يجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحاكم فاذا توجه اليمين عليها
أو على المريض بعث القاضى امينا
يعرض عليها اليمين فاذا عرض فأبت ان
تحلف عرض عليها الى ان تحلف
أو تنكل

ويشهد

وشهد الآخران على حلفها أو نكولها انتهى (قوله فاذا نكلت أمرها ان توكل الخ) ينظر ما الداعى الى أمرها ان توكل وكيلا آخر مع بقاء وكالة الوكيل الاول حموى (قوله وبايفائها) فلو وكل بقضاء الدين فزعم الوكيل قضاءه وصدقه الموكل فلما طالبه وكيله قال الموكل اخاف ان يحضر الدائن وينكر قضاء وكيلى ويأخذه منى ثانيا لا يلتفت الى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله فاذا حضر الدائن وأخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه اليه وان كان صدقه فى القضاء بحر قال العلامة الحموى نقلا عن المقدسى هذا اذا قال أخاف ان ينكر الدائن القبض فلو قال الدائن انكر القبض وطالبنى هل يكون كما لو قال أخاف أو يتوقف ينبغى انه ان برهن على انكاره يرجع والا فلا لان الوكيل يبرأ بحلفه كما ذكره فى الكافى انتهى (قوله واستيفائها) ومنه الوكيل بقبض الدين فيقبل قوله فى قبضه وضياعه ودفعه الى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته للوكيل بخلاف اقراره بقبض الطالب ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مديون الموكل ولا يملك الوكيل بقبض الدين الابرا والهبة واخذ الرهن وقبول الحوالة وملك أخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث ملك الكل ولا ينعزل بموت المطلوب بل بموت الطالب والحاصل ان الوكيل بقبض الدين يخالف الوكيل بالبيع وقبض الثمن فى مسائل فلو كفل الوكيل بقبض الثمن المشترى صحت ولو كفل الوكيل بالبيع لم يصح وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين به على المديون كما فى شهادات البزازية بخلاف الوكيل بالبيع ولو باع الوكيل وقبض الثمن ثم رد المبيع بعيب بعدما دفع الثمن للموكل فللمشترى مطالبة الوكيل بخلاف الوكيل بقبض الثمن فانه لا مطالبة عليه كما فى القنية (تتمة) زعم الوكيل بقبض الدين انه قبضه وسلمه للطالب حال حياته لم يصدق بلا حجة بحر وقال فى الاشباه كل أمين ادعى ايصال الامانة الى مستحقها قبل قوله كالمودع والوكيل والناظر الا فى الوكيل بقبض الدين اذا ادعى بعد موت الموكل انه قبضه ودفعه له فى حياته لم يقبل الا ببينة بخلاف الوكيل بقبض العين والفرق فى الولوالجية انتهى وأقول تعقبه الشرنبلالى أخذا من كلام الولوالجية وغيرها من كتب المذهب بان دعوى الوكيل الايصال تقبل لبراءته بكل حال وأما سراية قوله على موكله ليبرأ غريمه فهو خاص بما اذا ادعى الوكيل حال حياة موكله وأما بعد موته فلا تثبت براءة الغريم الا ببينة أو تصديق الورثة الخ ما ذكره فى الرسالة المسماة بمنة الجليل فى قبول قول الوكيل (قوله أى صح التوكيل) باستيفائها الا فى حد وقود ظاهره قصر المستثنى منه على الاستيفاء وهو ظاهر كلام الزيلعى وصريح كلام العينى حيث قال وهو استثناء من قوله واستيفائها الا من قوله وصح التوكيل لان التوكيل باثباتهما جائز ولكن لا يجوز استيفاؤهما ان غاب الموكل ووجه العدول عن ما هو الظاهر من كون الاستثناء من كل من الايفاء والاستيفاء ان الايفاء تسليم ظهر القاذف وتسليم نفس الجانى وهذا لا يتصور الوكالة فيه كما نقله السيد الحموى عن شرح النقاية آخرا لكن نقل اولا عن شرح الطحاوى ما يخالف ذلك وان الاستثناء من كل منهما لكن فى الايفاء على اطلاقه وفى الاستيفاء ان غاب الموكل عن المجلس أما اذا كان حاضرا وأمر باستيفائه فانه يجوز انتهى واعلم ان ظاهر ما سبق عن العينى صحة التوكيل باثبات الحد مطلقا وليس كذلك كما قدمناه وقدمنا ان ما ذكره الزيلعى من صحة التوكيل باثبات حد السرقة مخالف لما قدمناه عن قاضى خان اللهم الا ان يحمل كلام الزيلعى على ما اذا كان الموكل لا يريد القطع بالمال واعلم ان جواز التوكيل باثبات حد القذف مذهب الامام ومنعه أبو يوسف وقول محمد مضطرب وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه لان فيه شبهة عدم الامر به وغير خاف ان قصر الاستثناء على الحد والقود يشعر بصحة التوكيل باثبات التعزير وبه صرح القهستانى عن شرح الطحاوى (قوله ان غاب الموكل) بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لعدم تمكن شبهة العفو (قوله وقال الشافعى) يستوفى القصاص لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه

فاذا نكلت أمرها رضا ان توكل
وكيلا يحضر مع خصمها الى القاضى
ويحضر شاهدان يشهدان على
نكولها عند القاضى ثم يحكم
بالنكول ويلزمها ما وجب عليها
والمتأخرون اختاروا والفتوى ان
القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى
اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل
التوكيل من الموكل بغير رضاه
وان علم من الموكل القصد الى الاضرار
بصاحبه فى التوكيل لا يقبل منه
التوكيل الا برضى صاحبه وهو
اختيار شمس الائمة السرخسى (و)
صح التوكيل (بايفائها) أى باداء
الحقوق (واستيفائها) أى بقبض
الحقوق (الا فى حد وقود) أى صح
التوكيل باستيفائها الا فى حد وقود
(ان غاب الموكل) وقال الشافعى
يستوفى القصاص فى حال غيبة
الموكل (والحقوق) الكائنة

بخلاف غيبة الشهود لان رجوعهم نادر بقى ان يقال ما جعله الشارح والزيلعى قولا للشافعى نسبه العينى للائمة الثلاثة ونصه وعند الثلاثة يصح فى القود وان غاب الموكل الا رواية عن أحمد وقولا عن الشافعى انتهى (قوله فيما يضيفه الخ) أى لابد من اضافته اليه لينفذ على الموكل وليس المراد ظاهر العبارة من انه قد يضيفه وقد لا يضيفه فان اضافه الى نفسه تتعلق بالوكيل وان اضافه الى موكله تتعلق بالموكل كما فهمه ابن الملك فى شرح المجمع لما فى الخلاصة والبزازية وكيل شراء العبد جاء الى مالكه فقال اتبيع هذا العبد من الموكل فباعه من الموكل وقال الوكيل قبلت لا يلزم الموكل لانه خالف حيث امره ان لا ترجع اليه العهدة وقد رجعت والصحيح ان الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على اجازة الموكل بحر بتصرف قال العلامة المقدسى عبارة ابن الملك اذا اضاف العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل لا بالوكيل انتهى فمراده انه صار كالرسول وليس مراده انه وكيل وتتعلق الحقوق بموكله حتى يفهم منه ان الوكيل بالبيع قسمان بل الوكيل ظاهرا اما أن يضيف لموكله فالحقوق تتعلق بالموكل واما الوكيل حقيقة وحكما فالحقوق تتعلق به ولا ينافى ذلك ما فى البزازية ثم قال لم يذكر انه بعد ان كان فضوليا ترجع الحقوق اليه ام لا وقالوا الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فقتضاه لزوم العهدة على الفضولى وهو ينافى ما سبق حموى بتصرف أى ينافى قوله فى البحر والصحيح ان الوكيل يصير فضوليا ويتوقف العقد على اجازة الموكل لان المتبادر منه انه اذا أجاز عقده رجعت العهدة الى الموكل ثم قال أى المقدسى وقد يفرق بين هذا وبين الفضولى ابتداء فانه لما أمر غيره ان يباشر عقد الوكالة دل على عدم رضاه بلحوق العهدة بخلاف الفضولى ابتداء فانه رضى اذا أجاز عقده ان تلحقه العهدة انتهى وأقول ما أجاب به المقدسى عن ابن ملك يتضمن تسليم ما ذكره فى البحر وتبعه فى التنوير من ان الوكيل يعنى فى الشراء ونحوه لابد وان يضيف العقد الى نفسه لكن فى الدر نقل كلام ابن ملك وامر بحفظه وايده بقول ابن الكمال يكتفى بالاضافة الى نفسه ورد على التنوير بقوله فقوله لابد فيه ما فيه انتهى ووجه التأييد تعبير ابن الكمال بيكتفى فهو صريح فى ان اضافة العقد الى نفسه ليس بلازم خلافا لمن عبر بلابد وحينئذ يتجه ما ذكره ابن ملك ويسقط ما أعترض به فى البحر عليه وما فى الخلاصة والبزازية لا ينافى جواز الاضافة الى كل منهما وان كان اللزوم على الموكل فيما اذا لم يضف الوكيل العقد الى نفسه بان اضافه الى الموكل يتوقف على صدور الاجازة منه ثم رأيت فى الزيلعى من باب الوكالة بالبيع والشراء التصريح بعدم لزوم اضافة الوكيل فى الشراء ونحوه العقد الى نفسه حيث ذكر فى شرح قول المصنف ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه مانصه بخلاف ما لو وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له ان يتزوجها لان النكاح الذى اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شئ اتى به لا يكون مخالفا الخ فهذا من الزيلعى صريح فيما ذكره ابن الملك واعلم ان قول الزيلعى وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق الخ صريح فى ان الوكيل اذا اضاف العقد الى الموكل لا يكون مخالفا ويلزمه العقد ولا يتوقف على اجازته خلافا لما سبق عن الخلاصة والبزازية (قوله تتعلق بالوكيل) بخلاف الرسول لانه يضيف العقد الى مرسله وبخلاف النكاح لانه لابد فيه من ذكر الموكل واسناد العقد اليه عينى ولو اختلفا فى كون المشترى رسولا أو وكيلا فالقول للمشترى والبينة على البائع بحر وفيه عن البزازية مات الوكيل عن وصى تنتقل الحقوق الى وصيه وان لم يكن له وصى نصب الحاكم وصيا وقيل تنتقل الى موكله ولو وكل بغير اذن وتعميم فباع بحضرة الوكيل الاول جاز والعهدة على الوكيل الثانى بحر أيضا عن الخلاصة (قوله ان لم يكن محجورا) عبدا كان المحجور أو صبيا فاذا عقدا بطريق الوكالة تتعلق الحقوق بالموكل اذ لا يصح من المحجور التزام العهدة لقصور اهليته ولحق مولى العبد كما فى الرسول والقاضى وامينه ثم العبد اذا اعتق تلزمه تلك العهدة والصبى اذا بلغ لا تلزمه وقوله ان لم يكن محجورا يشير الى ان العبد والصبى المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة وظاهر كلام المصنف

ان

(فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا لا بالموكل)

ان العهدة على المأذون مطلقا وفصل فى الذخيرة بين ان يكون وكيلا بالبيع فالعهدة عليه سواء باع بثمن حال أومؤجل و بين ان يكون وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل فهو على الموكل لانه فى معنى الكفالة وان كان بثمن حال فهو على الوكيل لكونه ضمان ثمن حموى وفيه ايماء الى ما بسطه از يلعى من الفرق وفى البحر مافى از يلعى عن الايضاح اذا أمره ان يشترى بالنقد جاز والعهدة عليه وان أمره بالشراء نسيئة كان ما اشتراه له دون الآمر مخالف لما فى الذخيرة (قوله وقال الشافعى تتعلق بالموكل) وبه قال مالك واحمد لان الحقوق تبع للحكم والوكيل ليس باصل فيه فلا يكون اصلا فيها فصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل أصل فى العقد بدليل استغنائه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى وانما جعل نائبا فى الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصود الموكل ولا ضرورة فى حق الحقوق ولان العاقد الآخر اعتمد رجوع الحق اليه فلو لم يرجع لتضرر على تقدير كون الموكل مفلسا أومن لا يقدر على مطالبته عينى وزيلعى (قوله كتسليم المبيع) قبض الوكيل الثمن اولا ولو نهاه عن تسليمه حتى يقبضه كان باطلا كما فى القنية وقيده فى البزازية بما اذا كان المبيع فى يد الوكيل فلو فى يد الموكل وأبى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك أما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبض الثمن من المشترى ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التى قبضت منك ولو دفع المبيع الى الدلال فضاع فى يده يضمن فى المختار كما لو قال بعته وسلمته من رجل لا أعرفه وضاع الثمن يضمن قال القاضى لانه لا يملك التسليم قبل قبض ثمنه والحكم صحيح والعلة لا لما مران النهى عن التسليم قبل قبض ثمنه لا يصح فلما لم يعمل النهى عن التسليم فلان لا يكون ممنوعا عن التسليم اولى وهذه المسئلة تخالف مسئلة القنية انتهى قلت مراد القاضى انه لا يملك التسليم ممن لا يعرفه لا مطلقا فصح التعليل أيضا حموى وأقول لم يظهر لى وجه ما فى القنية من بطلان النهى عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه مع ان المصرح به ان المشترى يؤمر بتسليم الثمن أولا حيث كان الثمن حالا وعللوا ذلك بقولهم ليتعين حق البائع فيه أما المشترى فقد تعين حقه فى المبيع بمجرد العقد لان الثمن لا يتعين بالتعيين حتى لو أضيف العقد الى دراهم معينة كان له ان ينقد غيرها فالظاهر ان مافى القنية من بطلان النهى عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف (قوله وقبض الثمن) ويصح ابراء وكيل البيع قبل قبض الثمن وحوالته على الاملا والمماثل والادون واقالته وتأجيله عندهما ويضمن خلافا لابى يوسف ولا يطالب بالثمن من مال نفسه بخلاف وكيل الشراء ولا يجبر على التقاضى لانه متبرع بخلاف الدلال والسمسار والبياع لانهم يعملون بأجر بحر عن البزازية (قوله والرجوع الخ) شامل لمسئلتين الاولى ما اذا كان الوكيل بائعا وقبض الثمن ثم استحق المبيع فان المشترى يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقيا فى يده اوسلمه الى الموكل وهو يرجع على موكله الثانية ما اذا كان مشتريا فاستحق المبيع من يده فانه يرجع بالثمن على البائع دون موكله بحر فان قلت فعلى هذا يكون المصدر مشتركا بين مصدر الفاعل والمفعول حموى (قوله والملك يثبت للموكل) جواب عن سؤال مقدر تقديره اذا كانت الحقوق فى هذا الفصل راجعة الى الوكيل ينبغى ان يعتق قريبه اذا اشتراه بالوكالة لان شراء القريب اعتاق فأجاب عنه بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء أى فى ابتداء الامر خلافة عنه بمعنى ان الوكيل أصل فى حق العقد لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد فكما ان المولى يثبت الملك له ابتداء فيما اتهبه عبده او اصطاد خلافة عنه فكذا الموكل يثبت له الملك ابتداء فيما اشتراه وكيله خلافة عنه قال الشمنى وهذه طريقة أبى طاهر الدباس وقال فى البحر انه الاصح (قوله وقال ابو الحسن الكرخى الخ) قال الشمنى وعلى طريقة الكرخى لا يعتق أيضا لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر وكذا لا يفسد نكاحه اذا اشترى زوجته بالوكالة فلا ثمرة لهذا الاختلاف لان الموجب للملك والفساد الملك المستقر ولهذا اذا اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه و يفسد نكاحه اذا اشترى زوجة موكله (قوله وفيما يضيفه الى الموكل الخ) يعنى لا يستغنى عن اضافته الى موكله

وقال الشافعى تتعلق بالموكل قوله
والحقوق مبتدأ خبره تتعلق (كتسليم
المبيع) فيما اذا باع هذا بيان
للحقوق (وقبضه) وفيما اشترى
(وقبض الثمن) فيما باع (والرجوع
عند الاستحقاق والخصومة فى العيب
والملك يثبت للوكل ابتداء)
لا للوكيل (حتى لا يعتق قريب
الوكيل بشرائه) وقال أبو الحسن
الكرخى الملك يثبت للوكيل بالشراء
أولا ثم ينتقل الى الموكل
(و) الحقوق (فيما يضيفه الى الموكل

حتى لو أضافه الى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وفي البزازية الوكيل بالطلاق والعتاق اذا أخرج الكلام مخرج الرسالة بأن قال ان فلانا أمرني ان أطلق أو أعتق ينفذ على الموكل ولو أخرج الوكيل الكلام في النكاح والطلاق مخرج الوكالة بأن أضافه الى نفسه صح الا في النكاح اذا كان الوكيل به من طرف الزوج لان ذمة الوكيل قابلة للمهر حتى لو كان وكيلا بالنكاح من جانبها وأخرج الكلام مخرج الوكالة لا يصير مخالفا لاضافته الى المرأة معنى لان صحة النكاح بملك البضع وذلك لها فكانه قال ملكتك بضع موكلتي وكذا في الطلاق والعتاق الاضافة الى الموكل معنى لانه بناء على ملك الرقبة وتلك للوكيل فعلى هذا معنى الاضافة الى الموكل مختلف ففي وكيل النكاح من قبل الزوج على وجه الشرط وفيما عداه على وجه الجواز فيجوز عدمه وذكر في القنية قولين فيما اذا قال وكيل الطلاق أنت طالق مني بحر وليس المراد ان الطلاق والعتاق يقع بمجرد قوله ان فلانا أمرني ان أطلق او اعتق بل لا بد من الايقاع مضافا الى موكله فيما اذا أخرج الكلام مخرج الرسالة او الى نفسه اذا أخرج الكلام مخرج الوكالة (قوله كالنكاح) كذا العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والتوكيل بالقبض وما ذكره في البحر هنا عن الهداية من ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه انتهى مخالف لما قدمناه عنه معزيا للخانية من ان الوكيل بالاستقراض ان أضافه الى الموكل كان للموكل والا كان للوكيل انتهى (قوله والصلح عن انكار) قال الشيخ باكير فيه نظر فانه لا فرق في الصلح بين ان يكون عن اقرار أو انكار في الاضافة فان زيدا اذا ادعى على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على مائة فاذا قال زيد صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة وقبل الوكيل هذا الصلح يتم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار الا انه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع الحقوق الى الوكيل كما في البيع فتسليم بدل الصلح على الوكيل واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير محض فلا ترجع اليه الحقوق حموي قلت هذا الذي ذكره الشيخ باكير هو عبارة صدر الشريعة وما اعترض به في الدرر رده عزمي زاده (قوله تتعلق بالموكل) فوكيلها بالنكاح لا يلي قبض مهرها وبالخلع لا يلي قبض البدل ويصح ضمانه مهرها وتخير بين مطالبته او الزوج كما في البحر وانما تعلقت الحقوق في هذه الاشياء بالموكل لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص ويتوقف حكمه لغيره فكان سفيرا ليقترن الحكم بالسبب بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل كما في البيع بخيار (قوله وللمشتري منع الموكل عن الثمن) لان الموكل أجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا ولهذا لو حلف المشتري من الوكيل انه لا شئ للموكل عليه كان بارا ولو حلف انه لا شئ عليه للوكيل كان حانثا (قوله يجوز للمشتري ان يمنع الثمن اياه ولا يدفعه اليه الا بتوكيل من جهة بائعه) وحينئذ لا يقدر على المنع عزمي عن مجمع الفتاوى (قوله ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لوصول الثمن الى مستحقه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل وقال أبو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه الدفع للوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله فكان الدفع اليه تضييعا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف تعلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالمتعاقدين عيني وزيلعي

(باب الوكالة بالبيع والشراء)

كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد و)
عن انكار تتعلق بالموكل فلا
الصلح (عن كيله بالمهر و) لا يطالب
يطالب و
(وكيلها بتسليمها وللمشتري منع الموكل
من الثمن) يعني اذا باع الوكيل
بالبيع ثم طالب الموكل المشتري بالثمن
يجوز للمشتري أن يمنع الثمن اياه
ولا يدفعه اليه (وان دفع اليه صح
ولا يطالبه) أي المشتري (الوكيل ثانيا)
(باب الوكالة بالبيع والشراء)

الاصل

الاصل فيها انها ان عمت أو علمت أو جهلت جهالة يسيرة وهى جهالة النوع المحض كفرس صحت وان لم يبين الثمن وان فاحشة وهى جهالة الجنس كدابة بطلت سواء بين الثمن اولم يبين وان متوسطة كعبد فان بين الثمن أو النوع كتركى صحت والالا درر وزيلعى (قوله انما قدم التوكيل بالشراء على التوكيل بالبيع الخ) لقائل أن يقول كما ان الشراء جالب للملك أى ملك المبيع كذلك البيع جالب لملك الثمن الا ان يقال ان جالب المبيع أقوى من جالب الثمن لان الاصل فى باب البيع المبيع حموى (قوله لان الشراء جالب للملك الخ) اولان الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم والبيع لا يتحقق الا فى الموجود كما فى البحر يعنى الشراء تارة يكون بالموجود الذى هو النقد وتارة يكون بالمعدوم وهو النسيئة بخلاف البيع فانه انما يتحقق فى الموجود للنهى عن بيع المعدوم واعلم ان الوكيل بالشراء اذا اشترى نسيئة فحل بموته لا يحل على الآمر كما فى منية المفتى (قوله هروى) منسوب الى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان عينى (قوله صح سمى ثمنا أولا) لانه لم يبق الا جهالة الصفة وهى متحملة فيها لان مبناها على التوسعة لكونها استعانة وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع بحر واعلم ان الوكيل بالشراء يطالب بالثمن من مال نفسه وان لم يدفع اليه الموكل كما فى منية المفتى وهو مستفاد مما سبق لان المطالبة بالثمن من جملة حقوق العقد وقد تعلقت بالعاقد وهو الوكيل (قوله لان البيع مقدم عليه) فيه ان الانسان يشترى الشئ اولا ثم يبيعه حموى (قوله ثم اذا اشترى بمثل قيمته الخ) وهذا باتفاق الامام بخلاف الوكيل بالبيع حيث كان له البيع بما قل وكثر عنده خلافا لهما وسيأتى (قوله صح ان سمى ثمنا) لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما سواء كان الثمن يخصص نوعا اولا ولو بين النوع كعبد حبشى أو رومى صح وان لم يسم ثمنا فلو قال ان سمى ثمنا أو بين نوعا لكان أولى وجعل المصنف الدار كالعبد مخالف لما فى فتاويه حيث جعلها كالثوب (قوله وبشراء ثوب أو دابة الخ) للجهالة الفاحشة واذا اشترى الوكيل وقع الشراء له معراج ولو وكله بشراء ثياب صح وبشراء أثواب لا لان ثيابا يراد به الجنس مفوضا الى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة بخلاف أثواب خلافا لما فى البحر مقدسى ولو وكله بشراء أى ثوب صح بزازية واعلم ان ما ذكره المقدسى من المناقشة مع صاحب البحر ليست من حيث التسوية فى الحكم بين ثياب وأثواب لتصريحه فى البحر بالفرق بينهما بل من حيث انه عكس الحكم فيهما حموى (قوله يقع على البر ودقيقه) ان بين قدره او دفع ثمنه والا لم يجز على الآمر كما سيأتى فى كلام الشارح وفى الوصية بطعام يدخل كل مطعوم ولو دواء به حلاوة كسكنجبين تنوير وشرحه (قوله مطلقا) هذا الاطلاق فى مقابلة ما سيأتى من قوله وقيل ان كثرت الدراهم الخ (قوله والقياس ان يقع على كل مطعوم) لانه اسم له وبه قالت الثلاثة وقول العينى وعليه الفتوى قال الصدر الشهيد ليس مرتبا على ما قبله وفى كلامه حذف ذكره الزيلعى بقوله وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام فى عرفنا ما ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى هذا ما ظهر لى وقت المطالعة ثم رأيت الموافقة عليه للمرحوم الشيخ شاهين رحمه الله تعالى بقى ان يقال ما ذكره الصدر الشهيد رحمه الله تعالى وغيره كصاحب الذخيرة رحمه الله تعالى من ان الفتوى على ما ذكره بعض مشايخ ما وراء النهر مخالف لعرف القاهرة فان الطعام عندهم للطبيخ بالمرق واللحم بحر (قوله وقيل ان كثرت الخ) والفارق العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد الخبز بأن كان عنده وليمة جاز له ان يشترى الخبز زيلعى وفى الدرر وفى متخذ الوليمة يقع على الخبز مطلقا يعنى قلت الدراهم أو كثرت لدلالة الحال انتهى (قوله وللوكيل الرد بالعيب) ولو بغير اذن لانه من حقوق العقد وكلها اليه ولوارثه او وصيه بعد موته فان لم يكونا فللموكل وكذا الوكيل بالبيع ولو رضى بالعيب لزمه ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء لزم الوكيل وقبل ان يلزم الوكيل لو هلك يهلك من مال الموكل واشار المصنف الى ان الرد عليه لو كان وكيلا بالبيع فوجد المشترى بالمبيع عيبا ما دام الوكيل حيا عاقلا

انما قدم التوكيل بالشراء على
التوكيل بالبيع لان الشراء جالب
للملك والبيع سالب له والجالب
أقوى من السالب فقال (أمره بشراء
ثوب هروى أو فرس أو بغل صح
سمى ثمنا أولا) وأخره فى العنوان لان
البيع مقدم عليه ثم اذا اشترى بمثل
قيمته أو بما يتغابن الناس فيه نفذ
على الموكل وان اشتراه بغبن فاحش
نفذ على الوكيل (و) أمره (بشراء عبد
أو دار صح أن سمى ثمنا والا) أى وان
لم يسم (لا) أى لا يصح (و) أمره (بشراء
ثوب أو دابة) لا يصح الامر (وان سمى
ثمنا) وأمره (بشراء طعام يقع على البر
ودقيقه) مطلقا والقياس أن يقع على
كل مطعوم وقيل أن كثرت الدراهم
فعلى البر وان قلت فعلى الخبز وان
كانت بين الامرين فعلى الدقيق
والقلة مثل الدرهم الى ثلاثة والوسط
مثل أربعة الى خمسة أو سبعة كذا
فى شرح السيد وان لم يدفع اليه شيئا
وقال اشتر لى حنطة لم تجز على الآمر
(وللوكيل الرد بالعيب مادام المبيع
فى يده فان سلمه) أى الوكيل (الى الآمر

من أهل لزوم العهدة فان كان محجورا برد على الموكل والى ان الموكل اجنبي في الخصومة بالعيب فلو اقر به الموكل وانكره الوكيل لم يلزمهما شئ بخلاف عكسه فانه يلزم الوكيل لا الموكل الا ان يكون عيبا لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وان امكن حدوث مثله في المدة لا يرده على الموكل الا ببرهان والا يحلفه فان نكل رده والا لزم الوكيل بحر عن البزازية (قوله لا يرده الا بأمره) لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه قيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباع فاسدا وسلمه وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فله ان يفسخ البيع ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع بحر عن القنية (قوله وحبس المبيع) لانه كالبائع هذا اذا كان الثمن حالا فان اشتراه بثمن مؤجل تأجل في حق الموكل أيضا بخلاف ما اذا اشتراه بنقد ثم أجله البائع كان للوكيل ان يطالبه به حالا وهي الحيلة بحر عن الخلاصة ولو وهبه كل الثمن رجع بكله ولو بعضه رجع بالباقي لانه حط در عن البحر (قوله لثمن دفعه من ماله) فمع عدم الدفع له الحبس بالاولى لانه مع الدفع ربما يتوهم انه متبرع وفي جامع الفصولين من السابع والعشرين الوكيل لو لم يقبض ثمنه حتى لقي الآمر فقال بعت ثوبك لفلان فأنا أقضيك عنه ثمنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال اقضيكه على ان يكون المال الذي على المشتري لي لم يجز ورجع الوكيل على موكله بما دفع (تتمة) بياع عنده بضائع لناس امروه ببيعها فباعها بثمن مسمى فعجل الثمن من ماله لاصحابها على ان أثمانها له اذا قبضها فافلس المشتري فللبائع ان يسترد ما دفع لاصحاب البضائع حموي (قوله ولم يسقط الثمن) لان يده كيده فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده ولو دفع اليه الفا ليشتري به فاشترى وقبل ان ينقده للبائع هلك فمن مال الآمر وان اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن عند الوكيل يهلك من مال الوكيل بحر عن البزازية وفيه عن الجامع الصغير وكله به ودفع الفا فاشترى ولم ينقد رجع به مرة فان دفع وهلك ثانيا لا يرجع أخرى والمضارب مرارا والكل رأس المال انتهى (قوله وان هلك بعد حبسه الخ) قيد بالهلاك لانه لو ذهبت عينه عنده بعد حبسه لم يسقط شئ من الثمن لانه وصف والاوصاف لا يقابلها شئ لكن يخير الموكل ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه بحر عن زيادات قاضيخان (قوله فهو كالمبيع عندهما) لان الوكيل بمنزلة البائع من الموكل وكان حبسه لاجل استيفاء الثمن فيسقط الثمن بهلاكه عيني (قوله قلت قيمته او كثرت) فلا رجوع لاحدهما على الآخر بشئ (قوله كهلاك الرهن) لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبسه وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع كما اذا رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل زيلعي (قوله حتى لو كان فيه وفاء بالثمن الخ) بأن كانت قيمته قدر الثمن او اكثر ولا رجوع للموكل على الوكيل بما زاد من القيمة على الثمن لكونها امانة (قوله والا يرجع بالفضل) أي ان لم يكن فيه وفاء بالثمن بان كان الثمن اكثر من القيمة رجع الوكيل على الموكل بما زاد من الثمن (قوله كهلاك الغصب) لانه ليس له الحبس عنده بالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة من صاحبها (قوله فعليه ضمان مثله) يعني ان كان مثليا فان كان قيميا ضمن قيمته (قوله وتعتبر مفارقة الوكيل الخ) بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول غير قبض العاقد فلا يجوز عيني واستفيد صحة التوكيل فيهما در (قوله بطل العقد لوجود الافتراق عن غير قبض اذ المستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ولو صبيا او عبدا محجورا عليه زيلعي (قوله كذا في النهاية) قال في البحر وما في النهاية ضعيف لكون الوكيل اصيلا في الحقوق مطلقا وفي الزيلعي بعد ان نقل كلام النهاية قال هذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكره بعده باسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين

لا يرده الا بأمره) وللوكيل (حبس
المبيع لثمن دفعه من ماله فلو هلك) أي
المبيع (في يده قبل حبسه
الوكيل (هلك من مال الموكل
ولم يسقط الثمن) عن الموكل فيرجع
الوكيل عليه (وان هلك) المبيع
في يده (بعد حبسه) لاستيفاء الثمن
(فهو كالمبيع) عندهما أي يكون
مضمونا بالثمن قلت قيمته
أو كثرت وعند أبي يوسف كهلاك
الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط
والا يرجع بالفضل على الموكل وعند
زفر كهلاك المغصوب فعليه ضمان
مثله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف
والسلم دون الموكل) حتى لو فارق
الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد هذا اذا كان الموكل غائبا عن
المجلس وأما اذا كان حاضرا في مجلس
العقد يصير كان الموكل صارف
بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا
في النهاية نقلا عن خواهر زاده ولو
فارق الموكل لا يبطل والمراد بالسلم
الاسلام وهو ان يوكل رجلا بان يسلم
دراهم معدودة في كر معلوم

في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى المبسوط قال واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا انتهى ورده العيني بانه ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب انتهى وتعقبه السيد الحموي بان الوكيل نائب في اصل العقد اصيل في الحقوق وحينئذ فلا اعتبار بحضرة الموكل انتهى قلت ومما يتضح به تزييف جواب العيني ما ذكره هو بنفسه عند قول المصنف فيما سبق وللمشتري منع الموكل عن الثمن من ان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بيناه انتهى (قوله اما لو وكل المسلم اليه رجلا بقبول الثمن الخ) بخلاف الصرف فانه يصح التوكيل بقبوله شرنبلالية نعم يجوز توكيل المسلم اليه بدفع المسلم فيه بحر قوله فانه لا يجوز توكيله لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته أي ذمة الوكيل وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا زيلعي (قوله عشرة ارطال قيد بالموزون) لانه في القيمي لا ينفذ شئ على الموكل اجماعا فلو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة لا يلزم لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر بخلاف اللحم لانه موزون مقدر فيقسم الثمن على اجزائه زيلعي وبحر (قوله فاشترى عشرين) قيد بالزيادة الكثيرة لان القليلة كعشرة ارطال ونصف رطل لازمة للآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة بحر عن غاية البيان (قوله وعندهما يلزمه العشرون) لانه خلاف الى خير كما اذا أمره ببيع عبده بألف فباعه بألفين وله انه امره بشراء عشرة ولم يأمره باكثر فينفذ الزائد عليه بخلاف ما استشهدا به لان الزيادة فيه بدل ملكه زيلعي قال الحموي وهو مخالف لما ذكره في باب ما يجوز من الاجارة وكله بالبيع بألف درهم فباعه بألف دينار لا ينفذ بيعه فليتأمل انتهى واقول سيأتي انه متى اختلف جنس الثمن بأن أمره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو الى خير (قوله نفذ الكل على الوكيل) وقع في بعض النسخ عن الوكيل وعلى هذه النسخة كتب الحموي فقال ان عن بمعنى على على حد قوله تعالى لتركبن طبقا عن طبق انتهى ووجه نفاذ الكل على الوكيل وجود المخالفة لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قاضي زاده (قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه الخ) بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا بان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع انه وكله بشراء شئ بعينه وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امرأة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها لان النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شئ أتى به لا يكون مخالفا حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن او قدره كان مثله زيلعي ثم قال ولو وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشئ بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى ان لا يملك الشراء لغيره انتهى فلو اضافه الى الثاني ينبغي ان يكون للثاني كما لو قبل وكالة الثاني بحضرة الاول او شراه بما عينه الثاني مخالفا للاول حموي عن المقدسي واشار بقوله شراه بما عينه الثاني مخالفا للاول الى ما في البحر عن البزازية من انه اذا وكله الاول بشرائه بألف والثاني بمائة فاشتراه بمائة فهو للثاني لانه يملك شراءه لنفسه بمائة فيملك شراءه لغيره ايضا بخلاف الفصل الاول انتهى قال الحموي واشار بالشراء الى انه لو وكله باستئجار محل معين لا يجوز له ان يستأجره لنفسه وانه لو استأجره لنفسه ناويا او متلفظا وقع للموكل الا اني لم اره الآن صريحا وهو حادثة الفتوى انتهى (قوله لا يشتريه لنفسه) لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ذلك بغير

اما لو وكل المسلم اليه رجلا بقبول الثمن فانه لا يجوز توكيله (ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع) أي من لحم يباع (منه عشرة بدرهم لزم الموكل من عشرة بنصف درهم) عند ابي حنيفة وعندهما يلزمه العشرون وقول محمد مع ابي حنيفة في بعض النسخ قوله مما يباع الى آخره أي اذا كانت عشرة ارطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما وانما قيده به لانه اذا كانت عشرة ارطال منه لا تساوي درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع (ولو وكله بشراء شئ بعينه) اما بالاشارة او باسمه العلم او بالاضافة الى مالكه (لا يشتريه) أي ليس للوكيل ان يشتريه لنفسه

عليه لانه فسخ عقد فلا يصح بدون علم صاحبه كسائر العقود عينى وزيلعى وغيرهما كالعناية وغاية البيان واورد عليهم ان العلم بالعزل فى باب الوكالة يحصل بأسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال الرسول وتبليغ الرسالة ومنها اخبار واحد عدل اواثنين غير عدلين بالاجماع او اخبار واحد عدلا كان اوغيره عندابى يوسف ومحمد وقد صرح بها فى عامة المعتبرات سيما فى البدائع واشتراط علم الآخر فى فسخ احد المتعاقدين العقد القائم بينهما لا يقتضى ان لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بحضر من الموكل لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء سائر الاسباب فلا يتم التقرير اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على انتفاء سائر اسباب العلم بالعزل أيضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب اصلا قاضى زاده (قوله ولو اشترى لنفسه) ناويا او متلفظا (قوله او بخلاف ما سمى له من الثمن) اوشرى غيره بأمره بغيبته فان حضر فلآمره كذا فى الغرر (قوله بان وكله بشرائه بمائة درهم الخ) فان اشتراه باقل من المائة نفذ على الآمر لانه خلاف الى خير ومتى اختلف الجنس بان امره بالدراهم فباع بالدنانير يصير مخالفا مطلقا ولو الى خير قال فى الدر الوكيل اذا خالف ان خلافا الى خير فى الجنس كبع بالف درهم فباعه بالف ومائة نفذ ولو بمائة دينار لا ولو خيرا خلاصة ودرر انتهى ولا فرق فى هذا بين ان يكون وكيلا بالبيع اوالشراء وقوله كبع الخ مجرد مثال لا للاحتراز عن الوكيل بالشراء كما لا يخفى (قوله وقع للوكيل) لمخالفته امره وينعزل (قوله او يشتريه بماله) يعنى اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغى ان يقع للآمر لانه لولم يقع للآمر كان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا لدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضافه الى دراهم الآمر ولم ينقد من دراهمه بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا كذا بخط الشيخ شاهين (قوله اى اضاف العقد الى مال الموكل الخ) انما أول كلام المصنف بما ذكر وان كان خلاف الظاهر منه لقصوره وعدم شموله لما اذا نقد الثمن من مال غيره حموى (قوله سواء نقد الثمن من ماله اومن مال غيره) اشار به الى ان المراد من قول المصنف تبعا للقدورى او يشتريه بماله الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه قال صاحب الهداية وهو مطلق اى قول القدورى او يشتريه بمال الموكل مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قاله جمهور الشراح قال قاضى زاده أقول فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المصنف لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل للنقد المطلق لا للنقد من مال الموكل كما لا يخفى وما يصلح لترجح كون المراد بقول القدورى او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق اذ لا مساس له بكلام القدورى فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال انتهى (قوله لانه لو أضاف العقد الى دراهم نفسه فهوله) حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم نفسه غير مستنكر شرعا وعرفا بحر (قوله فهوله) وان نوى خلافه ويصير غاصبا لدراهم الآمر ان نقد منها شيئا (قوله وان نواها لنفسه فهوله) لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر فى هذا التوكيل بحر ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه زيلعى (قوله يحكم النقد اجماعا) لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه زيلعى (قوله وعند محمد هو للوكيل) وان نقد الثمن من دراهم الموكل حموى لان الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وظاهر ما فى الكتاب يعنى الكنز ترجيح قول محمد لدخوله تحت قول المصنف فالشراء للوكيل فانه لم يخرج عنه الا فى مسئلتين اذا نواه للآمر او اضافه الى ماله واليه مال الزيلعى حيث قدمه على قول أبى يوسف وعلله بقوله لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه (قوله وهذه المسئلة على ثمانية اوجه) اى هذه المسئلة أحد ثمانية اوجه قال ابن الملك واحد على الاختلاف والبواقى على الوفاق حموى

والخلافية

ولو اشترى لنفسه فهو للآمر (فلو اشتراه بغير النقود) وأمره بالنقود (أو بخلاف ما سمى له من الثمن) بان وكله بشرائه بمائة درهم فاشتراه بعشرة دنانير أو بمائة وعشرين درهما (وقع الشراء (للوكيل وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل الا ان ينوى) الوكيل (للموكل أو يشتريه بماله) أى ان اضاف العقد الى مال الموكل سواء نقد الثمن من ماله أومن مال غيره وانما قيد به لانه لو اضاف العقد الى دراهم نفسه فهوله وان أضاف الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو كما نوى وان نواها لنفسه فهوله وان تكاذبا فى النية يحكم النقد اجماعا ان نقد الثمن من ماله فهوله وان نقد من مال الموكل فهوله وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعند أبى يوسف يحكم النقد وعند محمد فهو للوكيل وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر اشتريت (لنفسك) ولم يدفع الثمن الى المأمور (فالقول للآمر وان كان) دفع اليه الثمن فللمأمور (أى القول له وهذه المسئلة على ثمانية أوجه لانه اما ان يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون الثمن منقودا أولا وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أو ميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه وان أخبر عن شرائه والعبد قائم حى

والخلافية هي ما لو كان العبد المأمور بشرائه بغير عينه حيا ولم يكن الثمن منقودا شيخنا (قوله فالقول للمأمور اجماعا) لانه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته بخلاف غير المعين على قوله بحر (قوله فالقول للآمر) لانه أخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس محلا لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله زيلعي قال شيخنا وقوله لا يملك استئنافه معناه استئناف سببه فهو مجاز بالحذف ولذا قال في العناية لان المأمور اخبر عما لا يملك استئناف سببه فان سبب الرجوع على الآمر هو العقد وهو لا يقدر على استئنافه لان العبد ميت وهو ليس بمحل للعقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندي لارادة الرجوع على الموكل وهو منكر فالقول قوله انتهى (قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه) لان الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي أمر به (قوله وعندهما القول للمأمور) لانه أخبر عما يملك استئنافه فصح كما في المعين فلا يتهم في الاخبار عنه وله انه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه أي في الثمن فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شئ يثبت تبعا وضمنا وان لم يثبت قصدا زيلعي وبحر (قوله وان كان العبد ميتا) وهي مسئلة الكتاب نظر فيه السيد الحموي بان مسئلة الكتاب تشمل موت العبد وحياته وقت قول المأمور اشتريته للآمر كما في البحر فان كان ميتا اخبر عن امر لا يملك استئنافه وان كان حيا فهو يدعي حق الرجوع على الآمر وهو ينكره ولا خلاف في الاول انه على التفصيل المذكور وفي الثاني الاختلاف فقال الامام هو كذلك على التفصيل وقالا القول للمأمور وان لم يكن الثمن منقودا فحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر انتهى فلا فرق عندهما في ان القول للمأمور اذا كان يملك الانشاء بين ان يكون الموضع موضع تهمة ام لا فان قلت بماذا تثبت التهمة قلت بالرجوع الى اهل الخبرة فان اخبروا ان الثمن يزيد على القيمة زيادة فاحشة ثبتت والا فلا (قوله بعني هذا الفلان) أي لاجله (قوله انكر الامر) بفتح الراء على المصدر (قول أخذه فلان) لاقراره بالوكالة عنه والاقرار بالشئ لا يبطل بالانكار اللاحق بحر (قوله لم يكن لفلان ان يأخذه) لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار ما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف زيلعي وليس هذا من شراء الفضولي لانه اضاف البيع الى نفسه بقوله بعني وصورة شراء الفضولي ان يقول بع عبدك من فلان بحر عن فتح القدير (قوله الا ان يسلمه المشتري) القائل بعني هذا الفلان (قوله وتكون العهدة على المشتري) المراد بالمشتري فلان كما في التبيين والبحر والعناية ونصها وعليه العهدة أي على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن لانه صار مشتريا بالتعاطي كالفضولي اذا اشترى لشخص ثم سلمه قال الزيلعي ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية الخ قال شيخنا ومعنى كون العهدة على المشتري الذي هو فلان انه يلزمه تسليم الثمن (قوله عبدين معينين) قال في البحر ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعينين والظاهر انه اتفاقي فغير المعين كالمعين اذا نواه للموكل او اشتراه له انتهى وتبعه بعضهم كالحموي والدر وغيرهما واقول دعوى ان التقييد اتفاقي غير مسلم لانه عند عدم التعيين يبطل التوكيل لعدم تسمية الثمن او ما يقوم مقامه من بيان النوع كالتركي والحبشي فهذا غفلة عن قول المصنف فيما سبق قريبا أمره بشراء عبد او دار صح ان سمى ثمنا والا فلا (قوله فاشترى أحدهما) بقدر قيمته او بزيادة يتغابن الناس فيها أما ما لا يتغابن فيه فلا يجوز اجماعا بخلاف الوكيل بالبيع عند الامام فانه يبيع بما قل وكثر على ما سيأتي (قوله صح) لان التوكيل مطلق غير مقيد

فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أو غير منقود وان كان ميتا حين أخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وأنكره الموكل و كان الثمن غير منقود فالقول للآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر لا بل هو عبدك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبي حنيفة وعندهما القول للمأمور وان كان العبد ميتا وهي مسئلة الكتاب فان لم يكن منقودا فالقول للآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور (وان قال) رجل لآخر (بعني هذا العبد) لفلان فباعه ثم انكر الامر أي أمر فلان وقال انا امرته (أخذه فلان) فلان الا ان يقول (لم آمره به) أي بالشراء فحينئذ لم يكن لفلان ان يأخذه (الا ان يسلمه المشتري اليه) فان سلمه اليه وأخذه الذي اشترى له صار بيعا للذي أخذه من المشترى وتكون العهدة على المشتري (وان أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له) أي للموكل (احدهما صح و) ان أمره (بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح)

بثمن مقدّر عيني أى مطلق عن قيد اشترائهما متفرقين او مجتمعين فيجرى على اطلاقه قاضى زاده (قوله ويقع للآمر) لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فتنقسم عليهما نصفين دلالة فيكون امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبأكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشترى الباقى بما بقى من الالف قبل ان يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به تحصيل العبدين بالالف وقد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوتها فلا تعتبر معه زيلعى (قوله لا يصح مطلقا) هذا الاطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى عن الصاحبين حموى قلت وشمل اطلاقه ما اذا قلت الزيادة اوكثرت صرح به العينى (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الخ) لان غرضه ملك العبدين فاذا بقى من الثمن ما يمكن شراء الآخر به تحصل غرضه فلا يكون مخالفا وللامام انه أضاف الالف اليهما على السواء فصار كانه نص على شراء كل منهما بخمسمائة ولو كان كذلك لا تجوز الزيادة فكذا هذا عينى (قوله فاشترى هذا العبد صح) أى على الآمر ولزمه قبضه وان مات قبل القبض عند المأمور مات على الآمر لان البائع يكون وكيلا عن الآمر فى قبض الدين ثم يتملكه بخلاف ما اذا وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور فان قبضه الآمر فهو له شيخنا (قوله نفذ على المأمور) لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وتوكيل المجهول لا يجوز اذ لم يعين الآمر المبيع ولا البائع (قوله فان قبضه الآمر فهو له) بيعا بالتعاطى بحر (قوله فى الوجهين) يعنى بهما ما اذا كان العبد المأمور بشرائه معينا وغير معين وعلى هذا اذا قال الدائن للمدين أسلم الدين الذى لى عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده خلافا لهما وكذا لو أمره بان يصرف ما عليه واصله ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى دين لا يصح عند أبى حنيفة اذا لم يكن البائع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما ان النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كان أو دينا ولهذا لو اشترى شيئا بدين للمشترى على البائع ثم تصادقا ان لا دين يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم تتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كما فى غير الدين وقول العينى ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشترى الخ تبع فيه الزيلعى وصواب العبارة بدين للمشترى على البائع كما ذكرنا ولابى حنيفة ان النقود تتعين فى الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين أو اسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى او يكون أمرا بصرف ما لا يملك الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم وأما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين فى البيع دينا كان أو عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وفى النهاية ان النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة زيلعى والمراد بالمشترى فى قوله كما اذا اشترى بدين على غير المشترى هو الوكيل شيخنا (قوله فالقول للمأمور) لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعى عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول قوله عينى (قوله فالقول للآمر) لانه خالف امره اذ الامر يتناول امة تساوى ألفا فينفذ على المأمور زيلعى (قوله فللآمر) اطلقه وهو مقيد بما اذا كانت قيمتها خمسمائة لكونه مخالفا وأما اذا كانت قيمتها ألفا فانهما يتحالفان لان الموكل والوكيل ينزلان منزلة البائع والمشترى وقد اختلفا فى الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذى جرى بينهما حكما فتلزم الجارية المأمور بحر وتبيين (قوله أى القول له) بلا يمين حموى عن الشلبى (قوله تحالفا) لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة عينى (قوله أى البائع والمشترى) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها الآمر والمشترى وهو الصواب

ويقع للآمر (و) ان اشترى احدهما
(بالاكثر لا) يصح مطلقا (الا ان
يشترى) العبد (الباقى بما بقى
من الثمن (قبل الخصومة) فحينئذ
يصح وقال أبو يوسف ومحمد ان اشترى
احدهما بأكثر من خمسمائة
بما يتغابن الناس فيه وقد بقى من
الالف ما يشترى بمثله العبد الباقى
فهو جائز (و) ان أمره (بشراء هذا)
العبد (بدين له عليه) أى بدين
للآمر على المأمور (فاشترى)
هذا العبد (صح ولو) كان العبد
(غير عين) يعنى لو أمره بشراء عبد غير
عين فاشترى المأمور عبدا (نفذ على
المأمور) حتى لو مات العبد عند المأمور
مات من مال المأمور والدين عليه
فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبى
حنيفة وقالا هو لازم للآمر فى الوجهين
(و) ان أمره (بشراء أمة بألف دفع
اليه) أى الى المأمور (فاشترى) الامة
(فقال) الآمر (اشتريت بخمسمائة
وقال المأمور) اشتريت (بألف فالقول
للمأمور) هذا اذا كانت الامة تساوى
الفا وان كانت تساوى خمسمائة
فالقول للآمر (وان لم يدفع) الالف
اليه والمسألة بحالها (فللآمر) أى
فالقول له وتلزم الامة المأمور (و) ان
امره (بشراء هذا) العبد (ولم يسم ثمنا)
فاشتراه (فقال المأمور اشتريته
بألف وصدقه البائع وقال الآمر)
اشتريته (بنصفه تحالفا) أى البائع
والمشترى

حموى

حموى وأجاب شيخنا بان المراد من البائع المأمور اذ هو بمنزلته والمراد من المشترى الآمر اذ هو بمنزلته لانه ينعقد بينهما مبادلة حكمية فسقط تصويبه انتهى واذا عرف ان الآمر والمأمور بمنزلة البائع والمشترى لما علم من انه ينعقد بينهما مبادلة حكمية ظهر انه يبدأ بيمين الآمر لكونه بمنزلة المشترى بناء على ما سيأتى فى المتن من باب التحالف حيث قال وبدئ بيمين المشترى وقد توقف فى ذلك العلامة الشرنبلالى فقال وهل يبدأ بيمين الآمر أو المأمور (قوله وهو اختيار أبى منصور) يعنى الماتريدى كما فى الهداية وذكر انه الاظهر وفى الكافى وهو الصحيح عناية (قوله وقيل لاتحالف) لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف عينى (قوله والاصح الاول) وجعل قاضيخان قول الفقيه أبى جعفر أصح زيلعى (قوله ولا يعتبر تصديق البائع) لانه ان استوفى الثمن فهو أجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الآمر فلا مدخل له بينهما (قوله وقد نص محمد فى الجامع الصغير الخ) الظاهر ان مقصود الشارح من نقل كلام الجامع الصغير تأييد قول أبى جعفر حموى (قوله ان القول للمأمور مع يمينه) فنهم من نظر الى ظاهره فنفى التحالف ومنهم من قال مراده التحالف بدليل ماذكره فى موضع آخر وانما نص على يمين الوكيل هنا لانه هو المدعى ولا يمين على المدعى الا فى التحالف فكان هو المقصود والموكل منكر واليمين عليه ظاهرا فلم يحتج الى بيانها بحر قال الزيلعى بعد عزو ماذكر للمشايخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ماذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول للمأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك فهذا من الزيلعى تأييد لابى جعفر قال فى البحر وقولى هنا انهما اتفقا على عدم تسمية الثمن اولى من قول الزيلعى وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف اذ المسئلة انما فرضها المؤلف وغيره فيما اذا لم يسم ثمنا فهو سهو وان اختلفا فقال الآمر امرتك ان تشتريه بخمسمائة وقال المأمور امرتنى بالشراء بالف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته ويلزم العبد المأمور لمخالفته فاذا أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها اكثر اثباتا كما فى الزيلعى (قوله عتق العبد وولاؤه لسيده) لان بيع نفس العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن فاذا اشتراه الوكيل صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه عينى (قوله فالعبد للمشترى) لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين وان كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشترى ألف مثلها ثمنا للعبد فانه فى ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد وفى الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا فأحدهما اعتاق معقب الولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب فى المعاوضة المحضة فلابد من البيان زيلعى وبحر (قوله والالف لسيده) راجع للمسئلتين وكان ينبغى ان يقول بعده وعلى العبد ألف اخرى بعد الاعتاق وعلى المشترى فى الثانية ألف ثمن العبد لبطلان الاداء فيهما لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو انه كسب عبده فكان مملوكا له قبل الشراء وقبل العتق وأشار بالاحتياج الى اضافته الى العبد الموكل الى انه سفير لا ترجع الحقوق اليه فالمطالبة بالالف الاخرى على العبد لا على الوكيل وهو الصحيح بحر (قوله أى مثل ألف دفع العبد اليه) هذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشترى أما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد ألف أخرى قال قاضى خان لم يذكر فى الكتاب ثم قال وينبغى ان يجب لان الاولى مال المولى فلا يصلح بدلا عن ملكه حموى عن النهاية (قوله يكون اتيانا بجنس تصرف آخر) والوكيل اذا خالف وأتى بجنس آخر من التصرفات نفذ عليه حموى وقدمنا عن الدرمعزيا للخلاصة والدرر أن الوكيل اذا خالف ان خلافا الى خير فى الجنس كبيع بالف فباعه بالف ومائة نفذ ولو بمائة دينار لا ولو خيرا انتهى

وهو اختيار أبى منصور وقيل لاتحالف وهو اختيار الفقيه أبى جعفر والاصح الاول وان تحالفا يلزم المأمور ولا يعتبر تصديق البائع فى حق الآمر وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه (و) ان أمره (بشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع) العبد الآمر الالف الى الوكيل (فقال) الوكيل (لسيده اشتريته لنفسه) أى لنفس ذلك العبد (فباعه) سيده (على هذا) أى على أن يشتريه لنفسه (عتق) العبد (و) ولاؤه لسيده وان قال اشتريته ولم يزد قوله لنفسه (فالعبد للمشترى والالف لسيده وعلى المشترى الف مثله) ثمنا للعبد أى مثل ألف دفع العبد اليه ان كان دراهم فدراهم وان كان دنانير فدنانير والقائل ان يقول قد ذكر فيما تقدم ان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه فلا يجوز ان يكون العبد للمشترى ويمكن ان يجاب عنه بان توكيل العبد بشراء نفسه يكون توكيلا بقبول الاعتاق حقيقة فشراء الوكيل لنفسه يكون اتيانا بجنس تصرف آخر (وان قال) رجل آخر (اشترلى نفسك من مولاك) بالف درهم (فقال) العبد (للمولى بعنى نفسى لفلان) بالف درهم (ففعل) وباع مولاه

واستفيد منه ان الدراهم والدنانير في باب الوكالة جنسان (قوله فهو للآمر) لان العبد يصلح ان يشترى نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبى عن نفسه فى حكم المالية الا ان البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفى البدل لان العبد فى يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع يشترى الوديعة فاذا اضاف العقد الى الآمر صلح امتثالا فيقع العقد للآمر فلو وجد به عيبا ان علم به العبد فلا رد لان علم الوكيل كعلم الموكل وان لم يعلم فالراد العبد درعن الاختيار (قوله وان لم يقل لفلان الخ) وجه عتقه انه مطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك ثم الثمن هنا يكون فى ذمة العبد فى الوجهين دون ذمة الآمر اما اذا وقع الشراء له فظاهر واما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الآمر زيلعى وفيه نظر اذ ليس كل عقد باشره الوكيل ترجع حقوقه اليه بل بشرط ان يضيفه الى نفسه كما سبق وهنا لم يضفه الى نفسه لا يقال العبد هنا محجور عليه فلا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذى باشره مقترنا باذن المولى ثم ان كان الشراء للآمر فلابد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفى بقول المولى بعت ولا حاجة الى قبول العبد بعد قوله بعنى نفسى لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفى العقد فى العتق كالنكاح بخلاف البيع زيلعى قال فى البحر وفى الكتاب اشارة الى انه يتم بقول المولى بعت لانه قال ففعل كذا فى المعراج معزيا الى الفوائد الظهيرية قال الحموى وفى الاشارة تأمل فان قول المصنف ففعل فى صورة وقوعه للآمر لا فى صورة وقوعه عتقا للعبد

(فصـــــل قوله الوكيل بالبيع والشراء الخ) قيد بالوكيل لان الوصى لو باع منهم بمثل القيمة فانه يجوز وان حابى فيه لا يجوز وان قل والمضارب كالوصى بحر عن السراج الوهاج وفى جامع الفصولين لو باع القيم مال الوقف أو اجر ممن لا تقبل شهادته لم يجز عند أبى حنيفة وفيه المتولى اذا أجر دارا من ابنه البالغ أو ابيه لم يجز عند أبى حنيفة الا با كثر من اجر المثل (قوله سواء كان بمثل القيمة الخ) ظاهره ان المنع من البيع أو الشراء مع من ذكر لا يجوز عند الامام بمثل القيمة رواية واحدة وليس كذلك لان فيه روايتين عن الامام بخلاف المضارب اذا عقد مع من لا تقبل شهادته له بمثل القيمة حيث يجوز عند الامام رواية واحدة ووجه الفرق بين الوكيل والمضارب على احدى الروايتين ان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعد ما صار المال عروضا ولانه شريكه فى الربح فلا تلحقه التهمة فى البيع بمثل القيمة قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل وأما اذا اطلق بان قال بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم بمثل القيمة زيلعى قال المقدسى بع ممن شئت مستدرك لان الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء فلا ينبغى الا ان ينص على بيعه من هؤلاء حتى يكون اطلاقا انتهى وأقول كون الوكيل بمجرد الوكالة يبيع ممن شاء ممنوع فان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات والبيع ممن ذكر موضع تهمة حموى (قوله مع من ترد شهادته له) وكذا لا يجوز له البيع أو الشراء من نفسه عندهم جميعا سواء كان خيرا أو شرا للموكل او للوكيل كما فى فتاوى قاضى خان قال فى البحر وهو مفهوم من كلام المصنف بالاولى لانه اذا لم يملك العقد مع من ترد شهادته له فاولى ان لا يملكه من نفسه والحيلة ان يبيعه من آخر ثم يشتريه منه انتهى واعلم ان الاولوية بالنسبة لمذهب الامام وأما الصاحبان فلا يمنعان الوكيل من العقد مع من ترد شهادته لهم اذا كان بمثل القيمة الا من عبده ومكاتبه بخلاف منعه من البيع من نفسه فانهما مع الامام فيه (قوله الا اذا زاد عن ثمن المثل الخ) مستثنى من منع المصنف الوكيل من العقد مع من ذكر لان اطلاقه المنع من العقد شامل لما اذا كان باكثر من القيمة فى البيع وباقل منها فى الشراء مع انه لا خلاف فى جوازه فدعوى السيد الحموى ان الشارح لم ينبه على ذلك وانه لم يقيد كلام المصنف بما اذا لم يكن باكثر من القيمة غير مسلم (قوله وقالا يجوز بيعه منهم الخ) لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه يبيع من نفسه لان ما فى يد العبد للمولى وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب

(فهو للآمر وان لم يقل) العبد (لفلان) بان قال بعنى نفسى ولم يزد عليه شيئا (عتق)

*(فصـــل الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد) عند أبى حنيفة مطلقا سواء كان بمثل القيمة أو انقص (مع من ترد شهادته له) الا اذا زاد على ثمن المثل فى البيع ونقص عن ثمن المثل فى الشراء وهو الابوان والاجداد والجدات وان علوا والاولاد وان سفلوا والزوجات والسيد لمملوكه والمكاتب والشريك للشريك وقالا يجوز بيعه منهم

وينقلب حقيقة بحر وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فكان بيعا من نفسه من وجه زيلعى (قوله بمثل القيمة الخ) حاصله ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل منها بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان كان بمثل القيمة فعن أبي حنيفة روايتان كما في العينى عن النهاية قال الزيلعى وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها انتهى (قوله الا من عبده ومكاتبه) وابنه الصغير ومفاوضه فالمستثنى على قولهما أربع وقيد العبد فى المبسوط بغير المديون وفيه اشارة الى انه لو كان مديونا فانه يجوز كذا فى المعراج وقيد بقوله له لانه لو عقد مع من ترد شهادته للموكل كأبيه وابنه ومكاتبه وعبده المديون جاز وكذا الوكيل العبد اذا باع من مولاه بحر عن الخلاصة (قوله بيع مطلق) أى عن التقييد بمقدار ثمن وعن التقييد بعرض ونقد ونسيئة حموى (قوله بما قل وكثر) ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه لا يجوز له ان يبيع بالاقل أصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله عناية (قوله والنسيئة) أطلق فى جواز بيعه نسيئة وهو مقيد عند أبي حنيفة بما اذا كان للتجارة فان كان للحاجة لا يجوز كالمرأة اذا دفعت غزلا الى رجل ليبيعه لها وهو على البيع بالنقد وبه يفتى ومقيد بما اذا باع بما يبيع الناس فان طول المدة لا يجوز ولو قال بعه بالنقود فباعه بالنقد أو بالنسيئة يجوز قال الفقيه ابو الليث والفتوى على قول ابى يوسف ولو قال لا تبع الا بالنقد فباعه بالنسيئة لا يجوز ولو قال بعه بالنسيئة بالف فباعه بالنقد بالف يجوز فان باعه باقل من الف لا يجوز خلاصة ثم قال لو قال بعه الى رجل فباعه بالنقد قال السرخسى الاصح انه لا يجوز بالاجماع انتهى قلت ولا مخالفة بين الفرعين كما فى البحر لان الثمن فى السابقة متعين بخلاف ما هنا فيحتمل ان ما قبضه من الثمن للحال أقل مما لو باعه نسيئة بل هو الظاهر (تتمة) وكله ببيع عبده بالف وقيمته كذلك ثم زادت قيمته لا يملك بيعه بالف بحر أيضا عن البزازية (قوله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان الخ) لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف ولذا تقيد التوكيل بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة وللامام ان التوكيل بالبيع مطلق فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة والوكيل بالشراء متهم لاحتمال انه اشتراه لنفسه فلما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك فى البيع فلا يتهم زيلعى ومقتضاه ان الوكيل بالشراء اذا اشترى ما وكل بشرائه بغبن فاحش وكان الموكل بشرائه معينا ان ينفذ على الآمر وبه صرح فى الهداية معللا بانه لا يملك شراءه لنفسه قال فى العناية وهو قول العامة وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر انتهى فظهر ان ما جرى عليه الزيلعى من ان الوكيل بشراء شئ بعينه لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية انتهى خلاف ما عليه العامة والظاهر ان المراد بالمخالفة مخالفة ما هو المتعارف فى ثمنه والا فالكلام مفروض فيما اذا لم يقدر الآمر ثمنه (قوله ولا يجوز الا بالدراهم الخ) لان مطلق العقد يتقيد بالمتعارف وفى البحر عن البزازية ويفتى بقولهما (قوله والنسيئة تجوز عندنا) طالت المدة أو قصرت على الصحيح من قول الامام وقال صاحباه ان باع باجل متعارف فى تلك السلعة يجوز وعند أبي يوسف ان كان البيع للتجارة فباع الى أجل تباع تلك السلعة بذلك الثمن الى ذلك الاجل جاز وان كان التوكيل بالبيع للحاجة الى النفقة أو قضاء الدين ليس له ان يبيع بالنسيئة وعليه الفتوى كذا فى الخانية ومقتضاه ان البيع بالنسيئة اذا لم يكن متعارفا كبيع الامين الغلال ببولاق لم يكن له ذلك على ما عليه الفتوى وبمصر وهى حادثة الفتوى وقدمنا انها تتقيد بزمان ومكان لكن فى البزازية الوكيل الى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الاصح كذا الكفيل لكن لا يطالب الا بعد الاجل تنوير البصائر وزواهر الجواهر (تتمة) قال بعه بشهود او برأى فلان أو علمه أو معرفته فباع بدونهم جاز بخلاف لا تبع الا بشهود أو الا بحضر فلان به يفتى قلت وبه علم حكم واقعة الفتوى دفع له مالا وقال اشترلى زيتا بمعرفة فلان فذهب

بمثل القيمة وبما يتغابن فيه الا من
عبده ومكاتبه (وصح بيعه) في الامر
بيع مطلق (بما قل) من الثمن
(وكثر وبالعرض والنسيئة) عند
ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان
لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز
الا بالدراهم أو الدنانير وهو قول
الشافعي والنسيئة تجوز عندنا خلافا
للشافعي

واشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن بخلاف لا تشترالا بمعرفة فلان در (قوله وتقييد شراؤه الخ) لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره بحر وكان الاولى ان يقول فلما لم يوافقه الخ والحاصل ان التعليل بالتهمة بالنسبة لما اذا اشتراه بزيادة لا يتغابن فيها (قوله بالشراء المطلق) أى عن التقييد بثمن حموى (قوله بمثل القيمة) بالاجماع (قوله يتغابن الناس فيها) قال فى البحر والمراد بالتغابن الخداع فقولهم لا يتغابن الناس فيه معناه لا يخدع بعضهم بعضا لفحشه وقولهم يتغابن الناس فيه أى يخدع بعضهم بعضا القلته قال فى القاموس غبنه فى البيع يغبنه غبنا ويحرك خدعه والتغابن ان يخدع بعضهم بعضا انتهى وهذا اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والجوز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا عينى وفى الدرعن البحر والنهاية وبه يفتى (قوله أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا) وهذا هو الاصح فى حد الغبن اليسير والفاحش بحر (قوله فلا) أى فلا يكون مما يتغابن فيه هذا انما يتم فى البيع على قولهما لا على قوله حموى وأقول هذ لبيان الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش وهو متفق عليه لا خلاف للامام فيه سواء كان وكيلا بالشراء أو بالبيع وأما أن الوكيل بالبيع هل يملك البيع على الآمر ولو بالغبن الفاحش فعند الامام نعم خلافا لهما فهذا شئ آخر ليس مما الكلام الآن فيه (قوله وقيل فى العروض) أى الغبن اليسير فى العروض الخ وما خرج عنه فهو مما يتغابن الناس فيه ووجهه ان التصرف يكثر وجوده فى العروض ويقل فى العقار ويتوسط فى الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف بحر وفى الزيلعى جعل نصف العشر فى العروض فاحشا (قوله ده نيم) اى نصف العشر) وده يازده أى العشر وده دوازده اى الخمس وبقى ما يتغابن فيه من الدراهم والدنانير وهو ربع العشر حموى (قوله ولو وكله ببيع عبده الخ) وضع المسئلة فى بيع العبد لان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى الجواز وعدمه فيما يتعيب بالشركة والا جاز اتفاقا كما فى الدرعن ابن الكمال وهذا علل الزيلعى والعينى عدم الجواز للصاحبين بان فيه ضرر الشركة (قوله صح عنده) لاطلاق التوكيل در (قوله وعندهما لا يصح) لان فيه ضرر الشركة وهى عيب تنقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقى بعده وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رضى الله عنه زيلعى وغيره قال فى الدر فظاهره ترجيح قولهما والمفتى به خلافه والله اعلم (قوله وفى الشراء يتوقف) والفرق لابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن فى الشراء تتحقق التهمة دون البيع ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق ولا فرق بين التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه زيلعى وانما لم ينفذ على المشترى لانه لم يخالف من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافقه من كل وجه فقلنا يتوقف فلو اعتقه الآمر زمن التوقف نفذ عند أبى يوسف لا المأمور وعكس محمد لانه مخالف وتوقفه لتوهم رفع الخلاف بشراء الباقى فبقى الخلاف قبل الشراء فلا ينفذ على الآمر وابو يوسف يقول توقف على اجازة الموكل والاعتاق اجازة (قوله فان اشترى باقيه لزم الموكل) وارتفع التوقف وهذا بالاجماع بخلاف لوكيل ببيع العبد عند ابى حنيفة للفرق الذى سبق بيانه وهذا اذا اشترى الوكيل النصفين فلو شرى النصف ثم شرى الموكل النصف لم ينفذ على الآمر بخلاف عكسه حموى عن الخانية واعلم ان ما اعترض به العينى على الزيلعى حيث قال فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع قاله الشارح قلت فيه خلاف زفر والثلاثة الخ ساقط لان كلام الزيلعى فيما اذا كان وكيلا بالشراء فاشترى نصفه ثم اشترى الباقى فلا يرد على دعوى الاجماع ما اعترض به العينى لان خلاف زفر والثلاثة بالنسبة لما اذا كان وكيلا لبيع فباع نصفه ثم باع الباقى ولئن سلمنا كون خلاف زفر والثلاثة فى مسئلة التوكيل بالشراء فنقول أراد بالاجماع اجماع الامام مع الصاحبين

(وتقييد شراؤه) أى الوكيل بالشراء المطلق يجوز شراؤه (بمثل القيمة وزيادة يتغابن) الناس (فيها) وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين فلو قومه عدل بعشرة وعدل آخر بثمانية وآخر بسبعة فما بين العشرة والسبعة داخل تحت تقويم المقومين اما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا وقيل فى العروض ده نيم وفى الحيوانات ده يازده وفى العقار ده دوازده (ولو وكله ببيع عبد) له (فباع نصفه) أو عشره (صح) عنده وعندهما لا يصح (وفى الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقى) فان اشترى باقيه لزم الموكل وارتفع التوقف (ولو رد المشترى المبيع على الوكيل) بالبيع (بالعيب) مطلقا سواء كان يحدث مثله فى هذه المدة أو لا كالاصبع الزائدة والسن الزائدة (ببينة او بنكول)

كمايدل عليه قوله بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبى حنيفة الخ (قوله رده الوكيل على الآمر) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر فى النكول لعدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر عينى (قوله وكذا باقراره فيما لا يحدث) لان القاضى يعلم ان العيب كان فى يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزائد او يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله فى مثل هذه المدة او يحدث فى مثلها فان كان غير حادث رده القاضى بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا كان حادثا لكن لا يحدث فى مثل هذه المدة رده القاضى بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار فى الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضى بان لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد فيفتقر اليها اى الى الحجة للرد حتى لو كان القاضى عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذلك النكول حجة فى حقه فيرد عليه ثم فى هذه المواضع كلها رد القاضى على الوكيل يكون ردا على الموكل زيلعى (قوله لزم الوكيل دون الموكل) لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لانه امكنه السكوت او الانكار حتى يعرض عليه اليمين و يقضى بالنكول لكن له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكول الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى غير ان الحجة وهى الاقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصمه ومن حيث القصور لا يلزمه يعنى بمجرد رد القاضى عليه باقراره الا اذا قامت البينة او نكل وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فسقط ما قيل اذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ الى قضاء القاضى لانه يقبله لا محالة كذا فى العناية وقال فى ايضاح الاصلاح ولا يمنعه من ذلك اقراره حيث قضى القاضى عليه بالرد لتصريحهم بانه اذا رد المبيع على البائع بالقضاء كان له الرد أيضا على بائعه وان كان القضاء بالاقرار قال فى الملتقى ومن باع ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء باقرار او نكول او بينة رده على بائعه وعزاه الى مبسوط شمس الائمة قال وبهذا ظهر عدم الحاجة الى التأويل الذى ذكره صاحب الهداية معنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فأثبت بالبينة واتضح فساد ما قيل فى توجيهه أنه اذا أقر عند القاضى يكون طائعا فى اخذ المبيع فلا يكون له ولاية الرد على البائع الاول انتهى فان قلت كيف يترتب القضاء عليه بالرد اذا كان مقرا بالعيب فى مجلس القاضى غير منكر له قلت يحمل على ما اذا أقر بالعيب وامتنع من قبوله فحينئذ يقضى عليه ثم رأيت فى البحر عن النهاية ما نصه وقضاء القاضى مع اقرار الوكيل متصور فيما اذا أقر بالعيب وامتنع عن القبول فيقضى عليه جبرا على القبول وفيه عن البزازية اقر الموكل بعيب وأنكره الوكيل لا يلزم الموكل ولا الوكيل شئ لان الخصومة فيه من حقوق العقد والموكل اجنبى عنها ولو أقر الوكيل وانكره الموكل رده المشترى على الوكيل لا على الموكل لان اقراره صحيح فى حق نفسه انتهى (قوله فالقول للآمر) لان الامر يستفاد من جهته وكذا لو باع بخمسمائة فقال امرتك بألف وكذلك هذا فى النكاح والمكاتب والاجارة والعتق على مال ولو قال المؤلف ولو اختلفا فيما عينه الموكل فالقول له لكان اولى ليشمل ما ذكر و وكيل الخلع والمقدار والصفة من حلول وتأجيل بحر واعلم ان قياس ما سبق عن الخلاصة يقتضى ان يكون المراد من امر الآمر وكيله بالبيع نقدا ان يقول له لا تبعه الا بالنقد لا مجرد الامر بالبيع بالنقد الا ترى الى ما سبق من انه لو قال له بعه بالنقود فباع بالنسيئة جاز بخلاف لا تبع الا بالنقد ومقتضاه انه لو قال بعه من فلان بكفيل فباعه منه بغير كفيل جاز بخلاف لا تبعه منه الا بكفيل لكن فى البحر عن الكافى أمره ان يبيعه من فلان بكفيل فباع بغير كفيل لم يجز فتدبر فى وجه الفرق (قوله فالقول للمضارب) لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى انه يملك الايداع والابضاع فالقول لمن تمسك بالاصل بخلاف الوكالة فان الاطلاق والعموم ليس فيها باصل ألا ترى انه لا يودع ولا يوكل حموى

ردّه) الوكيل (على الآمر وكذا باقراره) أى ردّه الوكيل على الآمر لو أقرّ الوكيل ان العيب حصل فى يد الموكل (فيما لا يحدث) أى ردّه فيما لا يحدث مثله فى هذه المدة وانما قيد به لأنه اذا كان مما يحدث ورد باقراره لزم الوكيل دون الموكل (وان باع) الوكيل بالمبيع (بنسيئة فقال) الموكل (امرتك بنقد وقال المأمور اطلقت) الامر ولم تقيد بشئ (فالقول للآمر) وفى المضاربة (للمضارب) يعنى لو اختلف المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك بالبيع بالنقد وقال المضارب أمرتنى بالبيع ولم تزد عليه فالقول للمضارب (ولو) أمر رجلا ببيع عبده فباعه (وأخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع) الرهن فى يده (أو أخذ بالثمن) كفيلا

فتوى) المال (عليه) أي على الكفيل بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل (لم يضمن) الوكيل في الصورتين وقيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وذكر في الجامع الصغير المنهاجي التوى على الكفيل بان يموت مفلسا كذا في النهاية (ولا يتصرف احد الوكيلين وحده الا في الخصومة) فانه لا يشترط حضرة صاحبه عند الجمهور وقيل يشترط وهو قول زفر والشافعي واعلم ان هذا الحكم الذي ذكره فيما اذا وكلهما بكلام واحد في دفعة واحدة بان قال وكلتكما ببيع عبدي هذا أو بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما أن ينفرد في التصرف كذا في النهاية (و) في (طلاق وعتاق بلا بدل) متعلق بهما وانما قيد به لانه لو شرطه ببدل لا يجوز أن يتصرف أحدهما وحده والمراد بالطلاق والعتاق أن يكونا منجزين بأن قال طلقاها أو أعتقاها اما لو قال طلقاها ان شئتما أو قال أمرها بأيديكما لا ينفرد أحدهما بالطلاق والعتاق (و) في (رد وديعة) قيد به لانه اذا وكل رجلين بقبض الوديعة

عن الذخيرة بخلاف ما اذا دعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا او نسيئة الى أجل متعارف عندهما والى أي اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار زيلعي (قوله فتوى المال على الكفيل) أي بموته مفلسا والتوى مقصور اهلاك المال وبابه علم حموي (قوله لم يضمن الوكيل) لان حق الاستيفاء له لكونه أصيلا في الحقوق بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة والارتهان والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه هداية وهو مخالف لما في الخلاصة والبزازية من ان الوكيل بقبض الدين له أخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على أخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فانها حوالة وهو لا يملكها بحر عن البزازية (قوله وقيل المراد من الكفالة هنا الحوالة الخ) عزاه الزيلعي الى النهاية وحكى ما ذكره الشارح من قوله وقيل بل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل الخ ثم قال وهذا كله ليس بشئ لان المراد توى يضاف الى أخذه الكفيل والتوى الذي ذكره أي صاحب النهاية غير مضاف الى اخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ الكفيل لتوى حقه بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين كالكفالة والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى يضاف الى اخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا انتهى مثل ان يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا انتهى قال السيد الحموي فدعوى ان التوى لا يتحقق في الكفالة ممنوعة (قوله وذكر في الجامع الصغير المنهاجي التوى على الكفيل الخ) نظر فيه الحموي ولم يبين وجهه ووجهه ان التوى لا يتحقق بموت الكفيل مفلسا لرجوع الطالب على الاصيل وانما يتحقق بموت الكفيل والمكفول عنه مفلسا او غاب المكفول عنه ولم يدر موضعه شيخنا عن الحلبي (قوله ولا يتصرف احد الوكيلين الخ) لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري وشمل اطلاقه ما اذا كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه وشمل ما اذا مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للآخر ان يتصرف وحده زيلعي واعلم ان الوصاية والمضاربة والقضاء والتولية على الوقف كالوكالة فليس لاحدهما الانفراد الا في مسئلة شرط الواقف النظر والاستبدال له مع فلان فان للواقف الانفراد دون فلان تنوير وشرحه عن الاشباه (قوله الا في الخصومة) لان اجتماعهما عليها يؤدي الى الشغب والتشويش فيباشر أحدهما برأي الآخر حتى لو باشر بدون رأي الآخر لا يجوز عندنا عيني وليس في كلامه ما يعين انه يشترط حضور رأيه عند الخصومة لان ذلك ليس بشرط عند عامتهم كما ذكره الزيلعي وسيصرح به الشارح فيحمل كلامه على ما هو الاعم منه ومن كونه سابقا على الخصومة وان كان خلاف المتبادر منه والشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين هيجان الشر شيخنا عن المصباح والقاموس (قوله لا يشترط حضرة صاحبه الخ) بل يشترط رأيه فاذا انتهيا الى القبض فحتى يجتمعان درعن الجوهرة لكن سيأتي ان الوكيل بالخصومة لا يملك القبض وبه يفتى (قوله في دفعة واحدة) لا حاجة اليه بعد قوله بكلام واحد حموي (قوله كان لكل واحد الخ) لانه رضي برأي كل وقت توكيله فلا يتغير بعد ذلك بخلاف الوصيين على التعاقب حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت والوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل زيلعي (قوله ان يكونا منجزين) أي والمرأة والعبد معينين كما في التنوير فلو وكلهما بطلاق واحدة بغير عينها او بعتق عبد غير معين لزم اجتماعهما كما في الدرر لانه يحتاج الى الرأي (قوله لا ينفرد بالطلاق والعتاق) لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما زيلعي وكذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع عيني (قوله ورد

(وديعة)

وديعة) لوقال وردعين لكان اولى فانه لافرق بين ردالوديعة والعارية والمغصوب والمبيع فاسدا بحر عن الخلاصة (قوله ليس لكل واحد منهما ان ينفرد بالقبض) لان للموكل فيه غرضا صحيحا لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد عينى ولم يعرج على ماصرح به الزيلعى فى التعليل بقوله لان اجتماعهما فيه ممكن ولعل وجهه ان الحكم لو كان معللا بامكان الاجتماع لم يجز لاحدهما الانفراد فى التوكيل برد الوديعة (قوله صار ضامنا) أى كله زيلعى لانه قبض بغير اذن المالك اذا امره تناولهما مجتمعين لامنفردين فلم يكن مأمورا فى حالة الانفراد بقبض شئ ومافى البحر عن السراج من قوله فان قيل ينبغى ان يضمن النصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا ذاك مع اذن صاحبه وأما فى حال الانفراد فغير مأمور بقبض شئ منه فيه نظر لانه اذا قبض باذن صاحبه لايلزمه الضمان أصلا (قوله وقضاء دين) بخلاف اقتضائه وتسليم هبة لمعين بخلاف قبضها واعلم ان الوكيل بقضاء الدين من ماله اومن مال موكله لايجبر عليه اذا لم يكن للموكل على الوكيل دين كما بسطه العمادى ومفاده ان الوكيل ببيع معين من مال الموكل لوفاء دينه لايجبر عليه كما لايجبر الوكيل بنحو طلاق ولو بطلبها على المعتمد وعتق وهبة من فلان وبيع منه لكونه متبرعا الافى مسائل اذا وكله بدفع عين ثم غاب او بيع رهن شرط فيه او بعده فى الاصح او بخصومة بطلب المدعى وغاب المدعى عليه اشباه خلافا لما افتى به قارى الهداية قلت وظاهر الاشباه ان الوكيل بالاجر يجبر تنوير وشرحه (تتمة) نقل شيخنا عن الخانية من كتاب الوقف عن الاصل ان الوكيل بقضاء الدين اذا صرف مال الموكل فى حاجة نفسه ثم قضى بمال نفسه دين الموكل يكون متبرعا فى قضاء دين الموكل انتهى (قوله ولا يوكل الا باذن) لانه رضى برأيه دون رأى غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به الا اذا قدر له الثمن فانه يجوز عقده فى غيبته بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما الثمن حيث لا ينفرد أحدهما لان تقديره لايمنع استعمال رأى الآخر فى النقصان فى الشراء او الزيادة فى البيع زيلعى وكذا يستثنى من منع الوكيل من التوكيل ما لو كان وكيلا بدفع الزكاة بخلاف التوكيل بشراء الاضحية در عن الخانية وكذا للوكيل بقبض الدين ان يوكل من فى عياله كما فى التنوير والمراد منعه عن ان يوكل فيما وكل فيه ليخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع الحقوق فيه الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لكونه اصيلا فيها بحر وزيلعى (قوله فيما وكل فيه) يشير الى ماقدمناه من ان له التوكيل فى حقوق العقد وماوقع فى عبارة بعضهم كالحموى من زيادة قوله حتى الموكل فغير مناسب وان كان صحيحا فى حد ذاته لما ان الكلام مفروض فيما اذا وكل بدون الاذن ولا يتصور الا اذا كان الذى وكله الاول غير الموكل فاللائق حذف هذه الزيادة (قوله الا باذن) فاذا أذنه فى التوكيل فوكل كان الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضى حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته عينى والفرق ان الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل بموته الذى ولاه هو أو ولاه القاضى باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه زيلعى (تتمة) وكل الوكيل بالقبض بلا اذن فدفع له المديون فان وصل الى الوكيل الاول برئ والا فان وكل من فى عياله برئ والا فان هلك المال فى يد الثانى كان للغريم تضمينه وللثانى الرجوع على الوكيل الاول بحر عن الذخيرة (قوله أو اعمل برأيك) فانه كالاذن فى التوكيل الا فى طلاق وعتاق لانهما مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه تنوير وشرحه عن القنية (قوله فعقد بحضرته) لان المقصود حضور رأيه وقد حصل وترجع الحقوق الى الثانى فى الاصح لانه العاقد وقيل الى الاول لان الموكل رضى بلزوم العهدة للاول وظاهر كلامه الاكتفاء بالحضرة وهو قول البعض والعامة على أنه لا بد من اجازة الوكيل او الموكل وان حضرة الوكيل الاول لا تكفى كما فى النهاية والسراج والخانية قيد بالعقد احترازا عن الطلاق والعتاق لانهما يقبلان التعليق بالشرط فكان الموكل علقه بلفظ الاول قال فى البحر ويراد الابراء عن الدين فاذا وكله بان يبرئ

ليس لكل واحد منهما ان ينفرد
بالقبض واذا قبض بدون الآخر
صار ضامنا كذا فى النهاية (وقضاء
دين ولا يوكل وكيل) فيما وكل به
(الا باذن او باعمل برأيك) فحينئذ
يجوز (فان وكل) الوكيل (بلا اذن
الموكل فعقد) الوكيل الثانى
(بحضرته) أى بحضرة الوكيل الاول

غريمه فوكل الوكيل فأبرأه بحضرة الاوّل لم يصح ويراد الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع ويخالفه في الخصومة ما في الخانية الخ البحر ومنه يعلم ما في الدر من الايهام اذ ظاهر كلامه يفيد الاكتفاء بالحضرة في غير الخصومة أيضا بالنسبة للخانية وليس كذلك (قوله او باع اجنبي) لم يقل عقد للاحتراز عن الشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الاجنبي كما في السراج لكن لا يشمل النكاح والكتابة والخلع مع انها كالبيع بحر عن الخانية (قوله أو اشترى) لو قال واشترى لهما المال لكان أولى لانه اذا اشترى لهما بمال نفسه كان مشتريا بالنفسه وعدم الجواز فيما اذا اشترى لهما بمالهما بحر عن المعراج (قوله لم يجز) لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (قوله والمرتد) يعني اذا زوّج المرتد صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها او اشترى ومات على الردّة لم يجز تصرفه عليها حموى (قوله اذا مات على الردّة) وقبل الموت تصرفه على ولده موقوف اجماعا وان كان نافذا في ماله عندهما بخلاف تزوّجه بنفسه حيث لا يجوز وان أسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح أولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان أسلم نفذ فسخ النكاح والا بطل زيلعي وفي البحر عن خزانة المفتين الولاية في مال الصغير الى الاب ووصيه ثم وصي وصيه ثم الى ابي الاب ثم الى وصيه ثم الى القاضي ثم الى من نصبه القاضي وليس لوصي الام ولاية التصرف في شركة الام مع حضرة الاب او وصيه او وصي وصيه او الجد ان لم يكن واحد ممن ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار الخ ولا يشتري الا الطعام والكسوة لانهما من جملة حفظ الصغير در عن الخانية وفي التنوير من كتاب المأذون ما نصه ووليه أبوه ثم وصيه ثم جده ثم وصيه ثم القاضي او وصيه دون الام او وصيها انتهى بقي ان يقال ظاهر قوله في البحر وان لم يكن واحد ممن ذكر فله الحفظ وبيع المنقول لا العقار ان الوصي يملك بيع العقار حيث لم يكن وصي الام مع ان المصرح به انه ليس له ذلك الا لمسوغ كان يكون الثمن ضعف القيمة او يكون في يد متغلب او اشرف على الخراب او نحو ذلك من الاعذار التي ذكرها في الدر من كتاب الوصايا معزيا للدرر والاشباه قلت المسئلة مختلف فيها فان في البحر عن خزانة المفتين يبتنى على ما هو ظاهر الرواية من انه اذا باع بمثل القيمة يجوز قال شمس الائمة الحلواني وهذا جواب السلف وما قدّمناه معزيا للدرر والاشباه هو جواب المتأخرين قال في الواقعات وبه يفتى ومن الاعذار المسوغة للبيع ان يكون على الميت دين فيملكه بقدر الدين أو لنفقة لصغير او وصية مرسلة أي مطلقة بان يقول ثلث مالي او ربعه وصية او زيادة خرجه على غلته درر (تتمة) الاب اذا باع عقار ابنه الصغير بمثل القيمة فان كان الاب محمودا عند الناس يجوز وليس للابن نقضه بعد البلوغ بخلاف ما اذا كان فاسقا حيث يملك نقضه هو المختار شيخنا عن الواقعات

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

(قوله أخر باب الوكالة بالخصومة) لا نكتة تظهر لوضع الظاهر موضع المضمر حموي (قوله ونحوه) كالوديعة المجحودة والغصب حموي (قوله والتقاضي) أي الطلب اعلم ان الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا أي لغة يقال تقاضيته ديني وبديني واقتضيت منه حقي أي أخذته الا ان العرف بخلافه لان الناس يفهمون من التقاضي المطالبة لا القبض والعرف قاض على الوضع كذا قيل وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي أولى منه عند أبي حنيفة وأجيب بان ذلك وجه لاصل الرواية ولا كلام فيه وانما الكلام في أن الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور

الخانية

(أو باع اجنبي فاجاز) الوكيل (صح) وقال زفر لا يصح وهو القياس وانما قيد بحضرته لانه لو عقد حال غيبته لم يجز الان بلغه فجيز (وان زوج عبد او مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز) والكافر يتناول الذمي والحربي والمستأمن والمرتد اذا مات على الردة نعوذ بالله تعالى

(باب الوكالة بالخصومة والقبض)

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا أخر باب الوكالة بالخصومة (الوكيل بالخصومة) أي باثبات الدين ونحوه (والتقاضي

الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك القبض (قوله لا يملك القبض) لظهور الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ولانه رضى بخصومته والقبض غيرها وكما لا يملك القبض لا يملك الصلح اجماعا ورسول التقاضى يملك القبض لا الخصومة اجماعا بحر وارسلتك وكن رسولا عنى ارسال وامرتك بقبضه توكيل خلافا للزيلعى ولا يملكهما أى الخصومة والقبض وكيل الملازمة كما لا يملك الخصومة وكيل الصلح تنوير وشرحه (قوله وعليه الفتوى) ولهذا اختاره فى المتن تبعا لاختيار السرخسى لكن فى السراجية الفتوى على انه ينظر ان كان التوكيل بالتقاضى فى بلدة العرف فيما بين التجار ان المتقاضى هو الذى يقبض الدين كان الوكيل بالتقاضى وكيلا بالقبض والا فلا واعتمده فى البحر وأقره فى الدر (قوله وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض) أى قبض العين والدين لان الوكيل بالشئ وكيل باتمامه واتمام الخصومة والتقاضى يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة (قوله والوكيل بقبض الدين الخ) اعلم ان الوكيل بقبض الدين اذا قال قبضت وهلك عندى او دفعته الى الموكل وكذبه الموكل يصدق فى حق ابراء المديون لا فى حق الرجوع على الموكل بتقدير الاستحقاق حتى لو استحق انسان ما أقر الوكيل بقبضه وضمن المستحق الوكيل لا يرجع الوكيل على الموكل منية المفتى ولو وكله بطلب كل حق له قبل فلان تقيد بما عليه يوم التوكيل ولا يدخل الحادث وذكر شيخ الاسلام انه اذا وكله بقبض كل حق له على فلان يدخل القائم والحادث أيضا فليتأمل عند الفتوى وفى المنتقى وكله بقبض كل دين له يدخل الحادث أيضا كما لو وكله بقبض غلته يقبض الغلة الحادثة أيضا بحر (قوله يملك الخصومة) ولا ينعزل بموت المطلوب بحر (قوله عند أبى حنيفة) اعلم ان الخلاف بين الامام وصاحبيه فى ان وكيل القبض يملك الخصومة اولا مقيد بما اذا كان وكيل الدائن اما اذا وكله القاضى بقبض مال الغائب فلا يكون وكيلا بالخصومة اتفاقا شرنبلالية عن شرح المجمع معزيا للخانية بخلاف وكيل القسمة والاخذ بالشفعة والرجوع فى الهبة والرد بالعيب فانه يملكها مع القبض اتفاقا در (قوله حتى لو أقام المدعى عليه البينة) وكذا اذا جحد الغريم وأقام الوكيل البينة عليه تقبل زيلعى (قوله وهو رواية عن أبى حنيفة) رواها الحسن عنه لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدى فى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابى حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل بالاخذ بالشفعة بحر عن الهداية وفيه عن الذخيرة على قولهما لا تقبل البينة لابرائه وتقبل لقصر يد الوكيل حتى لا يتمكن من قبضه بل يوقف الامر الى حضور الغائب انتهى (قوله لا يملك الخصومة) اتفاقا لانه أمين محض حيث لا مبادلة لقبضه العين الموكل بها اشيخنا يشير به الى ما ذكره الزيلعى فى وجه الفرق بين الوكيل بقبض الدين والوكيل بقبض العين حيث ملك الوكيل بقبض الدين الخصومة عند أبى حنيفة فالوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان المقبوض ليس يملك للموكل بل هو بدل حقه لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها فانتصب خصما بخلاف الوكيل بقبض العين لكونه وكيلا باستيفاء عين حقه فلم يكن وكيلا بالمبادلة فصار رسولا وأمينا محضا فلهذا لا ينتصب خصما انتهى (قوله فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه) لم تقبل بينته الا فى حق قصر يد الوكيل عن العين عينى (قوله وقف الامر حتى يحضر الغائب) وهو الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادعى به لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم فى حق اليد فحسب فتقبل فى حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل فى حق قصر اليد عينى لا فى حق ثبوت العزل (قوله استحسانا) والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم فى قصر يده لقيامه مقام الموكل فى القبض فتقصر يده بحر (قوله ولو أقر الوكيل الخ) اطلقه وهو مقيد بغير الحد والقود كما فى التنوير وغيره فلا يصح اقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة وشمل اطلاقه

لا يملك القبض) وهو قول زفر وعليه
الفتوى وعند علمائنا الثلاثة يملك
القبض (و) الوكيل (بقبض الدين
يملك الخصومة) عند أبى حنيفة حتى
لو أقام المدعى عليه البينة ان رب
الدين استوفى منه أو ابرأه تقبل بينته
وقالا لا يكون خصما وهو رواية عن
أبى حنيفة (و) الوكيل (بقبض العين
لا) يملك الخصومة (فلو برهن ذو اليد
على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه)
من ذى اليد (وقف الامر حتى يحضر
الغائب) استحسانا أى اذا وكل رجل
رجلا بقبض عبد له وغاب فاقام
ذو اليد بينة انه اشتراه من الذى وكله
بالقبض لم تقبل بينته فى اثبات الشراء
وتسمع هذه البينة لدفع الخصومة
فيتوقف حتى يحضر الموكل (وكذا
الطلاق والعتاق) يعنى لو كان
التوكيل بنقل المرأة والمملوك من
بلد الى بلد فاقامت المرأة بينة على
الطلاق أو المملوك على العتاق
لا تقبل على اثبات الطلاق أو العتاق
وتقبل فى قصر يد الوكيل حتى يحضر
الغائب (ولو أقر الوكيل بالخصومة)
أى ان وكل وكيلا بالخصومة فاقر
الوكيل

مالو كان وكيل المدعى او المدعى عليه كما فى النهاية (قوله على موكله) بالقبض أو الابراء ان كان من قبل المدعى أو بلزوم المال ان كان من قبل المدعى عليه حموى (قوله بالخصومة) قيد بها للاحتراز عن الوكيل بغيرها كالوكيل بالصلح حيث لا يصح اقراره مطلقا (قوله الا انه يخرج عن الوكالة بهذا الاقرار) حتى لا يدفع اليه المال وان برهن بعده على الوكالة للتناقض در عن الدرر لكن انما يخرج عن الوكالة اذا أقيمت البينة على اقراره فى غير مجلس القضاء وقول الحموى رحمه الله فى غير مجلس القضاء يتعلق بالاقرار لا بقوله أقيمت ووجه الخروج عن الوكالة بالاقرار على موكله فى غير مجلس القاضى ان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بانه ليس له ولاية الخصومة فيقبل فى حق نفسه لا فى حق الموكل كالاب والوصى اذا أقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية فى ذلك المال زيلعى (قوله وقال أبو يوسف يصح اقراره الخ) لانه نائبه فيصح اقراره كاقراره ينفذ اينما وجد وغمااله وكيل بجواب الخصم بطريق المجاز والجواب المعتبر فى الحكم هو الجواب فى مجلس القاضى لا فى غيره ولو استثنى الموكل بالخصومة الاقرار فعن أبى يوسف لا يصح لانه يكون وكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فلا يصح التوكيل به وعن محمد انه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه فى الطالب دون المطلوب ووجه الفرق ان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل فى شئ دون شئ على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب وفى الدر عن البزازية اذا قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار صح التوكيل والاستثناء ولم يقيده بالطالب فمقتضاه صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة سواء كان التوكيل من الطالب أو المطلوب وبه صرح الزيلعى وفرع فى التنوير على صحة استثناء الاقرار فقال فلو أقر عنده اى القاضى لا يصح وخرج عن الوكالة فلا تسمع خصومته وعزاه شارحه الى الدرر وكما يصح استثناء الاقرار يصح التوكيل بالاقرار كما فى التنوير فالحاصل انها على خمسة اوجه بحر عن الذخيرة الاول ان يوكل بالخصومة فيصير وكيلا بهما الثانى ان يستثنى الاقرار فيكون وكيلا بالانكار فقط الثالث عكسه فيصير وكيلا بالاقرار فقط فى ظاهر الرواية لان الموكل ربما يضره الانكار بان كان المدعى به امانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار فيكون وكيلا بهما الخامس ان يوكله بها غير جائز الاقرار ففيه اختلاف المتأخرين وفى الخلاصة ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الاقرار موصولا صح ومفصولا لا يصح ولو استثنى الاقرار والانكار فقيل لا يصح لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت بحر عن البزازية وفيه عن النهاية ويصح التوكيل بالاقرار ولا يصير به مقرا (قوله وهو القياس) لانه مأمور بالخصومة عنه فى مجلس القاضى وما أتى به من الاقرار جواب فلا يصح ولنا ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو مطلق الجواب اقرارا كان أو انكارا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق فى مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل فى مجلس الحكم (قوله وبطل توكيل الكفيل بمال) فلو قبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو ابرأه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كالوكيل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز وتقييد الكفالة بالمال للاحتراز عما لو كان كفيلا بالنفس حيث يصح توكيله بالخصومة لان الواحد يقوم بهما عينى وزيلعى (قوله لا يكون وكيلا فى ذلك ابدا) كما لا يصح لو وكله بقبضه أى الدين من نفسه أو عبده لان الوكيل متى عمل لنفسه بطلت وكذا لو وكل المحتال المحيل بقبضه من المحال عليه أو وكل المديون وكيل الطالب بالقبض لم يصح تنوير وشرحه ومثله فى البحر عن القنية ونصه وكله بقبض دينه على فلان فأخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وايفاء الثمن الى رب الدين فباعها وأخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة ان يكون قاضيا ومقتضيا انتهى فان قيل يرد عليه توكيل المدين بابراء نفسه فانه صحيح مع انه عامل لنفسه يجاب بانه تمليك لا توكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك فانه تمليك حتى تقيد بالمجلس لا توكيل لكن فى الدر عن الاشباه له عزله قبل ابرائه

على موكله بالخصومة (عند القاضى
صح) اقراره عليه (والا) أى وان أقر
فى غير مجلس القضاء (لا) يصح اقراره
عليه عندهما استحسانا الا أنه يخرج
من الوكالة وقال أبو يوسف يصح
اقراره عليه وان اقر فى غير مجلس
القاضى وقال زفر والشافعى لا يصح
فى الوجهين وهو قول أبى يوسف أولا
وهو القياس (وبطل توكيل
الكفيل بمال) أى لو كان لرجل
على رجل مال فكفل به رجل
فوكل الطالب الكفيل بقبض المال
من المطلوب لا يكون وكيلا فى ذلك
ابدا

نفسه فلو كان تمليكالم يملك عزله الا ان يجاب بانه ليس بتمليك محض فان قلت اذا تكفل بما توكل بقبضه صحت الكفالة وبطلت الوكالة فكان ينبغى ان لا يصح توكيل الكفيل بالمال وتبطل الكفالة قلت انما صح تكفيل الوكيل لان الكفالة أقوى لكونها لازمة فكانت ناسخة بخلاف العكس كما فى الزيلعى لكن قوله فكانت ناسخة يقتضى كون الكفالة بعد الوكالة مع ان ذلك لا يتعين ففى التنوير الكفالة بالمال مبطلة للوكالة تقدمت الوكالة أو تأخرت (تتمة) الرسول ووكيل الامام ببيع الغنائم والوكيل بالتزويج يصح ضمانهم لان كلا منهم سفير ومعبر بخلاف وكيل البيع اذا ضمن الثمن للبائع عن المشترى حيث لا يجوز لانه يصير عاملا لنفسه كذا فى الدرر فالعجب من الشرنبلالى حيث استشكل احدى المسئلتين بالاخرى فقال بعد قوله والوكيل بالبيع اذا ضمن الثمن الخ يشكل عليه وكيل الامام ببيع الغنائم الخ ولم يتنبه لما بين يديه من الفرق الذى ذكره فى الدرر وهو ان الوكيل ببيع الغنائم سفير ومعبر فلا تلحقه عهدة (قوله ومن ادعى انه وكيل الغائب فى قبض دينه الخ) فلو قال له لا تقبضه الا جميعا فقبضه الا درهما لم يجز قبضه على الآمر لمخالفته له فلم يصر وكيلا وللآمر الرجوع على الغريم بكله وكذا لا تقبضه درهما دون درهم تنوير وشرحه (قوله أمر بدفعه) المراد بامره جبره كما فى البحر عن السراج لانه اقرار على نفسه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره فلا يثبت الايفاء بمجرد دعواه قال الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فاقبضه رب الدين من المدين يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله كما لا بد للرسول من الاضافة الى المرسل والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره فى النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبى حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم انتهى واجاب قاضى زاده بما حاصله ان هذا مسلم فى الرسول المحض وهنا ليس كذلك فاذا له المخاصمة وقول الزيلعى وفى المسئلة نوع اشكال الخ قال فى البحر وقد تقدم ان الوكيل بقبض الدين وكيل بالمبادلة والتملك فلا اشكال فى صحة التوكيل به وبه سقط ما فى الذخيرة وقول الزيلعى وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص الخ غفلة عما قدمه (قوله فلا شئ على الغريم) جواب قول المصنف فان حضر الغائب حموى (قوله والا دفع اليه الخ) اذ لم يثبت الاستيفاء لانكاره الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فيفسد الاداء فلم يصر قبضه قبض الطالب فبقى الدين فى ذمة الغريم كما كان درر وعزمى زاده (قوله ورجع به الخ) لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه اطلق فى البقاء فشمل البقاء الحكمى بان استهلكه الوكيل فانه باق ببقاء بدله ولهذا قال فى الخلاصة وان استهلكه ضمن مثله فان ادعى الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلفه على ذلك واذا مات الموكل وورثه غريمه او وهبه له وهو قائم فى يد الوكيل اخذ منه فى الوجوه كلها ان كان موجودا وان كان هالكا ضمنه الا اذا صدقه على الوكالة بحر واذا انكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله فان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبى حنيفة انه لا يحلف لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة عينى وهو بظاهره يقتضى ان عدم تحليفه رواية عن الامام وظاهر ما فى البحر عن البزازية انه مذهبه (قوله لا يرجع) لانه بتصديقه اعترف بانه محق فى القبض وهو اى الغريم مظلوم فى أخذ رب الدين منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره درر وعزمى زاده فان قلت يرد على هذا ان أحد الابنين اذا صدق المديون فى دعواه الايفاء للميت وكذبه الآخر ورجع المكذب عليه بالنصف فان للمديون الرجوع على المصدق بالنصف ان كان للميت تركة غير الدين مع انه فى زعمه ان المكذب ظالم قلت اجيب بان الرجوع على المصدق لكونه اقر على ابيه بالدين منح الغفار (قوله الا اذا ضمنه) او قال له قبضت منك على انى ابرأتك من الدين فهو كما لو

(ومن ادعى انه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه الغريم) أى المديون (أمر بدفعه اليه فان حضر الغائب فصدقه) أى صدق الغائب الوكيل فى دعوى الوكالة منه فلاشئ على الغريم (والا) أى وان لم يصدقه فى ذلك (دفع اليه) أى الى رب المال الغريم الدين (ثانيا ورجع) الغريم (به على الوكيل لو) كان المدفوع (باقيا) فى يده (وان ضاع لا) يرجع (الا اذا ضمنه عند الدفع

قال الاب للختن عند أخذ مهر بنته آخذ منك على انى ابرأتك من مهر بنتى فان اخذته البنت ثانيا رجع الختن على الاب فكذا هذا تنوير وشرحه عن البزازية واعلم ان معنى قوله الا اذا ضمنه أى ضمنه المأخوذ ثانيا فيصح ضمانه حينئذ لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ماغصبك فلان فعلى واما ما أخذه الوكيل فلا يصح ضمانه لانه امانة فى يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تصح الكفالة بها على ما مر شيخنا (قوله اولم يصدقه) معطوف على ضمنه أى اذا لم يصدقه فانه يرجع عليه لانه اعتمده له على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وفى الوجوه كلها ليس له الاسترداد حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة هداية وذكر فى جامع الفصولين قولين فى الاسترداد من الفضولى وكذا لو أقام الغريم البينة انه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لم تقبل ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما اوجبه للغائب ولو اقام البينة ان الطالب جحد الوكالة وأخذ منى المال تقبل بحر (قوله بان سكت او كذب) يشير به الى ان عدم التصديق لا يختص بالتكذيب بل يشمل السكوت (قوله فأنا ضامن به) اى بالدين الذى يأخذه منك رب الدين ثانيا لو رجع عليك ولا يصح جعل مرجع الضمير فى كلام الشارح هو قوله بذلك المال لما قدمناه (قوله لم يؤمر بالدفع الخ) لانه اقرار بمال الغير بخلاف ما اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع لانه اقرار بمال نفسه اذ الدين يقضى بمثله لا بعينه فلو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع لا يضمن ولو سلمها له فهلكت فى يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع وله تحليفه انه ما وكله فان نكل برئت ذمته وان حلف ضمن ولا يرجع على الوكيل لان فى زعمه ان المودع ظالم بتضمينه والمظلوم لا يظلم الا اذا ضمنه عند الدفع كما مر فلو دفع له ولم يصدقه على الوكالة يرجع عليه مطلقا كانت العين موجودة اولا ولو كانت قائمة اخذها فى كل الوجوه لانه ملكها بالضمان ولو أراد استردادها لم يملكه واختلفوا فى الملتقط لو اقر باللقطة لرجل هل يؤمر بالدفع اليه بحر عن القنية بقى ان يقال قول المصنف لم يؤمر بالدفع اليه هو المشهور خلافا لابن الشحنة كما فى الدر ومنه يعلم ان ما ادعاه السيد الحموى من انه لا يؤمر بالدفع اليه اجماعا فيه نظر (قوله وتركها ميراثا) لو قال وتركها ميراثا او وصية له لكان اولى لان الموصى له ينزل منزلة الوارث عند عدمه ولابد من التلوم فيهما لاحتمال ان يكون له وارث آخر ولابد فى دعوى الوصية من قوله لم يترك وارثا والا لم يكن ذو اليد خصما والدين كالوديعة بل اولى أما الايصاء فكوكالة فليس لمودع الميت ومديونه الدفع الى مدعى الايصاء ولو صدقا الا ببينة ولا يبرآن بالدفع قبل ثبوت انه وصى ولو لا وصى فدفع الى بعض الورثة يبرأ عن حصته خاصة بحر عن جامع الفصولين وقوله والدين كالوديعة يعنى اذا ادعى ان رب الدين مات وتركه ميراثا له وصدقه المدين أمر بالدفع اليه (قوله ولا وارث له غيره) لم يذكره صاحب الدرر وتعقبه عزمى زاده بانه اسقطه من لفظ الكافى ولابد من ايراده انتهى (قوله وصدقه) قيد به لانه لو انكر موته او قال لا ادرى لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة بحر (قوله دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث قال فى البحر واطلق فى دفعها الى الوارث وهو مقيد بما اذا لم يكن على الميت دين مستغرق بحر عن جامع الفصولين وكذا يضمن ان لم يكن مستغرقا ودفع الى الوارث بلا امر القاضى على ما يستفاد من سياق كلام البحر معزيا الى جامع الفصولين ايضا (قوله فادعى الغريم ان رب المال اخذه) او ابرأه او ادعى اقراره بانه ملكى كما فى الدر فلو ابدل المصنف قوله ان رب المال أخذه بقوله ما يسقط حق موكله كما فى التنوير لكان اولى (قوله دفع المال) لان جوابه تضمن اقراره بالوكالة والدين ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه وله تحليف الموكل لا الوكيل لان النيابة لا تجرى فى اليمين ولو برهن على الايفاء قبل ذا لوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة بخلاف وكيل اجارة الدار وقبض الغلة اذا ادعى بعض السكان انه عجل الاجرة لموكله او برهن توقف حتى يحضر الغائب بحر عن جامع الفصولين والفرق ان هذا وكيل

أولم يصدقه) أى المديون الوكيل (على الوكالة) بان سكت او كذب (ودفعه) الغريم (اليه على ادعائه) ولفظ ضمنه مروى بالتشديد والتخفيف فمعنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا اذ المستكن فى ضمنه مسند الى المديون والبارز راجع الى الوكيل ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون لو رجع عليك رب الدين ثانيا بذلك المال فانا ضامن به فالمستكن مسند الى الوكيل والبارز الى المديون (ولو قال) رجل (انى وكيل) بقبض (الوديعة فصدقه) أى الوكيل (المودع) فيما ادعاه (لم يؤمر بالدفع اليه) وكذا (لو ادعى الشراء) أى لو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها (وصدقه) المودع فيما ادعى (ولو ادعى) رجل (ان المودع مات وتركها ميراثا له) ولا وارث له غيره (وصدقه) المودع (دفع) الوديعة (اليه) (فان وكله بقبض ماله فادعى الغريم ان رب المال أخذه دفع) المديون (المال) الى الوكيل (واتبع) أى المديون (رب المال واستحلفه) أى رب المال على أخذه واستيفائه (وان وكله برد جارية بسبب عيب فيها) أى فى أمة (فادعى البائع رضى المشترى

فى العقد فحق القبض له اصالة فلو ثبت على الغائب كان حكما على الغائب ابتداء وفى المسئلة السابقة هو وكيل القبض فقط والدين لم يثبت بعقده حموى عن المقدسى (قوله لم يرد عليه الخ) بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك فى العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشترى بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفى مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقص زيلعى فلو ردها الوكيل على البائع بالعيب فحضر الموكل وصدقه على الرضا كانت له لا البائع اتفاقا فى الاصح لان القضاء لا عن دليل بل للجهل بالرضا ثم ظهر خلافه فلا ينفذ باطنا تنوير وشرحه عن النهاية (قوله يتحد الجواب فى الفصلين) لان التدارك ممكن لبطلان القضاء لان القضاء بالخطأ لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فأمكن التدارك فيهما (قوله وقيل الاصح عند أبى يوسف انه يؤخر فى الفصلين) لان مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع مالم يستحلف المشترى بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشترى وحلفه زيلعى (قوله لينفقها على اهله) او بنائه او لقضاء دينه او للشراء او للتصدق عن زكاته كذا اطلقه فى التنوير وشرحه وفصل فى البحر فى مسئلة التوكيل بالشراء ونصه عن الخلاصة والوكيل بالشراء اذا اشترى ما امر به ثم انفق الدراهم بعد ما سلم الى الآمر ثم نقد البائع غيرها جاز ثم نقل عن البزازية ان التفصيل هو المختار واما الوكيل ببيع الدينار اذا امسك الدينار وباع ديناره لا يصح عزاه فى البحر الى الخلاصة (قوله فانفق عليهم عشرة من عنده) هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الانفاق وكان يضيف العقد اليها او يطلق اما اذا كانت مستهلكة او اضاف العقد الى عشرة نفسه يصير مشتريا لنفسه متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين فى الوكالة بحر عن النهاية قال ولو قال المصنف والوكيل بالانفاق او القضاء او الشراء او التصدق اذا امسك المدفوع اليه ونقد من ماله حال قيامه لا يكون متبرعا اذا لم يضف الى غيره لكان اولى ولو انفق الوصى من ماله ومال اليتيم غائب فهو متطوع الا ان يشهد عليه انه قرض او انه يرجع انتهى معزيا الى جامع الفصولين واقول فيه مخالفة لما فى الدرر آخر الكتاب من الوصايا حيث قال بعد كلام وكذا الوصى اذا اشترى كسوة للصغير او اشترى ما ينفق عليهم من مال نفسه فانه لا يكون متطوعا وذكر فى الفتاوى الخانية ما نصه فرق بين الوالد والوصى اذا ادى الثمن من مال نفسه لا يحتاج الى الاشهاد والاب يحتاج لان الغالب من حال الوالدين انهم يقصدون الصلة والتبرع فيحتاج الى الاشهاد وكذا الاب اذا قضى مهر امرأة ابنه ان لم يشهد لا يرجع وكذا الام اذا كانت وصية ان لم تشهد عند اداء الثمن لا ترجع انتهى (قوله والقياس ان يكون متبرعا) لان الدراهم تتعين فى الوكالة ولانه خالفه وجه الاستحسان ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء يملك النقد من مال نفسه لانه لا يستصحب مال الآمر فى كل مكان ويتفق له ما أمر به من غير قصد فيشتريه فلم يكن متبرعا تحقيقا لقصد الآمر ونفيا للحرج عن المأمورين حموى

(باب عزل الوكيل)

(قوله وتبطل الوكالة بعزله) لانها من العقود الغير اللازمة كالعارية ولهذا لا يدخلها خيار شرط ولا يصح الحكم بها مقصودا وانما يصح فى ضمن دعوى صحيحة على غريم وبيانه فى الدرر قبيل هذا الباب ويتفرع على عدم لزوم الوكالة من الجانبين ما ذكره فى التنوير وشرحه حيث قال فللوكيل اى بالخصومة وشراء العين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وبيع ماله وشراء شئ بغير عينه كما فى الاشباه عزل نفسه بشرط علم الموكل كما يشترط علم السلطان بعزل قاض وأمير نفسهما (قوله ان علم به) ولو قبل وجود الشرط فى المعلق

لم يرد) الامة (عليه) أى على البائع (حتى يحلف المشترى) انه لم يرض بالعيب وعند أبى يوسف ومحمد يتحد الجواب فى الفصلين أى فصل الرد بالعيب وفصل الدين ولا يؤخر القضاء برد الجارية وقيل الاصح عند أبى يوسف انه يؤخر فى الفصلين (ومن دفع الى رجل عشرة لينفقها على أهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) والقياس أن يكون متبرعا فيجب عليه رد ما قبض*

(باب عزل الوكيل)*

(وتبطل الوكالة بعزله ان علم) أى الوكيل (به)

به أى بالشرط به يفتى و يثبت بمشافهة وكتابة وارساله رسولا مميزا عدلا او غيره حرا او عبدا صغيرا او كبيرا صدقه او كذبه اذا قال الرسول ارسلنى اليك لابلغك عزله اياك ولو اخبره فضولى فلابد من احد شطرى الشهادة ومتى صدقه قبل ولو فاسقا اتفاقا تنوير وشرحه (قوله اى بالعزل) اعلم ان للموكل عزله اى وقت شاء الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فانه لا يملك عزله كالوكالة المشروطة ببيع الرهن سواء كانت مشروطة فى الرهن او بعده على الاصح فلو عزل العدل نفسه بحضرة المرتهن ان رضى به صح والا لا بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا او كانت من غير التماس الطالب ولهذا قالوا اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وفى الصحيح له عزله لان المرأة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا قالوا وقال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد الوكالة وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول والصحيح اذا اراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة بعد لعزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه زيلعى ثم اعلم انه لو قال كلما وكلتك فأنت معزول لم يصح والفرق ان التوكيل يصح تعليقه بالشرط والعزل لا فاذا وكله لم ينعزل بحر عن الصغرى والصيرفية واعلم ان الوكالة المعلقة هى الحاصلة بقوله كلما عزلتك فانت وكيلى والمنجزة هى الحاصلة بقوله وكلتك بكذا قبل صدور المعلقة كذا بخط شيخنا وقد سها صاحب الدرر حيث ذكر ان المنجزة هى الحاصلة من كلما قال العلامة عزمى وهو سهو وقع من قلم الناسخ لان المرأة لا حق لها فى الطلاق (قوله فان لم يبلغه العزل الخ) هذا اذا كان عالما بالوكالة فلو وكله ولم يعلم بها فله عزله وان لم يعلم به بحر عن البزازية قال وقيد بالوكيل لان عزل الرسول يصح بلا علمه انتهى وقول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل الغيت توكيلى او انا برىء من الوكالة ليس بعزل بجحود الموكل الا أن يقول والله لا اوكلك بشئ فقد عرفت تهاونك فانه عزل تنوير واستدرك عليه فى الدر بما فى الزيلعى من الوصايا من ان جحوده عزل قال وحمله المصنف على ما اذا وافقه الوكيل على الترك لكن أثبت القهستانى اختلاف الرواية وعلله بان جحود ما عدا النكاح فسخ ثم قال وفى رواية لم ينعزل بالجحود انتهى قلت فعلى هذا كلام الزيلعى قد اختلف لتصريحه هنا بان الجحود ليس بعزل ونصه ولو جحد الموكل لوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا ثم رأيت بخط السيد الحموى عن الولوالجية تصحيح ان الجحود يكون رجوعا قال وعليه الفتوى بعد ان حكى اختلاف الرواية فيما اذا جحد الوصاية هل يكون رجوعا ام لا (قوله وقال الشافعى ينعزل) لان الموكل بالعزل يسقط حق نفسه فينفرد به ولنا أن فى انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمى لان العزل فيه حكمى لضرورة عدم المحل زيلعى (قوله وموت أحدهما) الا الوكالة اللازمة اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء لا ينعزلان بموت الموكل بخلاف الوكيل بالخصومة أو الطلاق تنوير وشرحه قال والحاصل كما فى البحر ان الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الاهلية بجنون وردة وفيما عداها من اللازمة لا تبطل بالحقيقى بل بالحكمى وبالخروج عن الاهلية قلت فاطلاق الدرر فيه نظر انتهى (قوله أى جنون أحدهما) احسن من جعل العينى الضمير فى الجنون واللحوق للوكيل لما فيه من القصور (قوله مطبقا) بكسر الباء والعامة تفتح الباء على معنى اطبق الله عليه الجنون وعلى هذا فالاصل مطبق عليه فحذفت الصلة تخفيفا ويكون الفعل مما استعمل لازما ومتعديا بحر عن المصباح (قوله أى مستوعبا) وقيل دائما كذا قيل وأقول قال فى البحر فالمطبق أى الدائم كذا فى النهاية والبناية زاد فى البناية وقيل مستوعبا (قوله شهر) اعتبارا بما يسقط به الصوم عينى وبه يفتى شرنبلالية عن المضمرات وكذا فى القهستانى والباقانى وجعله قاضيخان قول أبى حنيفة وان عليه الفتوى (قوله وعنه اكثر من يوم وليلة) لانه

أى بالعزل فان لم يبلغه العزل لا ينعزل
وقال الشافعى ينعزل (وموت احدهما
وجنونه) أى جنون احدهما جنونا
(مطبقا) أى مستوعبا من قولهم
اطبق الغيم السماء أى استوعبها وحد
الجنون المطبق شهر عند أبى يوسف
وعنه أكثر من يوم وليلة وعند محمد

يسقط

يسقط به الصلوات عينى (قوله حول كامل) لسقوط جميع العبادات به حتى الزكاة فقدر به احتياطا لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه أما مادون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت زيلعى وبحر (قوله ولحوقه) أى الحكم بلحوق أحدهما اماقبل الحكم فموقوفة عند الامام ونافذة عندهما ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها مالم يحكم بلحاقها الان ردتها لاتؤثر فى عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت تبطل لانها لاتملكه بنفسها واذا بطلت باللحاق من احدهما لاتعود بعوده مسلما على المذهب ومقتضاه انه لو افاق بعد جنونه مطبقا لاتعود بحر وقوله ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها مالم يحكم بلحاقها يقتضى بطلان وكالة الرجل بالردة ولا يتوقف على الحكم باللحاق فينافى مانقله هو قبله عن ايضاح الاصلاح حيث قال والمراد بلحاقه ثبوته بحكم الحاكم وفيه عن التجنيس رجل غاب وجعل داره فى يد رجل ليعمرها فدفع اليه مالا ليحفظه ثم فقد الدافع فله ان يحفظ وليس له ان يعمر الدار الا باذن الحاكم لانه لعله قد مات ولا يكون الرجل وصيا للمفقود حتى يحكم بموته انتهى قال وبهذا علم ان الوكالة تبطل بفقد الموكل فى حق التصرف لا الحفظ انتهى ورده العلامة المقدسى بان ظاهر مافى التجنيس انه انما دفع المال ليحفظه وحينئذ فلا يدل على ما استنبطه فلقائل ان يقول لو دفعه ليعمر منه كان له ذلك وانما امتنع لعدم اذنه حموى (قوله وافتراق الشريكين) وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمى فلا يشترط له العلم زيلعى ومافى العينى من قوله وان لم يعلم الشريك به غير مناسب والمناسب وان لم يعلم الوكيل به كذا بخط الشيخ شاهين (قوله وسواء وكل كلاهما ثالثا أو احدهما) فان قلت فيه قصور لان كلام المصنف صادق بشيئين الاوّل ان ينعزل كل منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فينعزل بالافتراق الثانى ما اقتصر عليه الشارح من ان كلا منهما أو احدهما وكل من يتصرف فى المال فاذا افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل قلت انما حمل الشارح كلام المصنف على الثانى مع ان احتماله للاوّل أقرب لان فيه اشكالا من حيث انه لايصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه لانه عزل قصدى فكيف يتصور ان ينفرد به بدون علمه قال الزيلعى ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك المال لان او احدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك اولم يعلما الانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة فان قلت هل جحود الشركة بمنزلة الافتراق قلت فيه اختلاف نقله السيد الحموى عن الولوالجية ونصه بعد ان حكى الاختلاف فى ان جحود الوصاية هل يكون رجوعا أم لا قال وعلى هذا الخلاف جحود الوكالة من الوكيل أو الموكل و جحود الشركة و جحود الوديعة من المودع و جحود المتبائعين و جحود المستأجرين والمراد بالمستاجرين فى كلامه المؤجر والمستأجر على طريق التغليب (قوله وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا) علم بذلك اولم يعلم هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات اما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه وقبض الوديعة فلا ينعزل بعجز وحجر لانهما يوجبان الحجر عن انشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه ولا تعود الوكالة بكتابة موكله ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون لم ينعزل زيلعى (تتمة) سئلت عن ناظر وكل وكيلا فى أمر الوقف ثم عزله القاضى هل ينعزل وكيله بعزله فأجبت بأنه ينعزل أخذا من قولهم هنا يشترط لدوامها ما يشترط لابتدائها بحر (قوله وتصرفه بنفسه) اذا كان تصرفا يعجز الوكيل به عن الامتثال كما اذا وكله بطلاقها فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل اما ما لا يعجز به كما اذا طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها أخرى ولو ارتد الزوج او لحق وقع طلاق وكيله ما بقيت العدة در فان قلت كيف يملك الوكيل ايقاع الطلاق بعد التحاق الموكل بدار الحرب ما بقيت العدة مع ما سبق فى المتن من انه ينعزل بلحوقه مرتدا قلت ذكر الزيلعى فى شرح قول المصنف

حول كامل وهو الصحيح (ولحوقه) حال كونه (مرتدا وافتراق الشريكين) أى وتبطل الوكالة بفسخهما الشركة مطلقا سواء كانت الشركة مفاوضة أو عنانا وسواء وكل كلاهما ثالثا أو احدهما (وعجز موكله) عن بدل الكتابة (لو) كان الموكل (مكاتبا وحجره لو مأذونا وتصرفه بنفسه)

ولحوقه مرتدا ان المراد منه حكم الحاكم بلحاقه فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وأما قبل ذلك فموقوفة عنده وعندهما نافذة فيحمل ماذكره فى الدر على ما اذا صدر ذلك من الوكيل قبل حكم الحاكم بلحاقه (قوله أى اذا وكل رجلا بشئ ثم تصرف بنفسه الخ) من هنا أفتى شيخنا حين سئل عن امرأة وكلت شخصا فى الخصومة فاصطلحت مع زوجها بانه انعزل عن الوكالة لعجزه عن التصرف الخ (قوله بطلت الوكالة) وتعود لو عاد اليه قديم ملكه كما لو كان وكيلا بالبيع فباع بنفسه فرد عليه بخيار شرط ورؤية مطلقا أو لفساد بيع وكذا لو رد عليه بخيار عيب بقضاء أما لو رد عليه بالاقالة أو بخيار العيب بالرضى لا تعود لانه فى الاول عاد اليه قديم ملكه بالفسخ فتعود الوكالة بخلاف الثانى لانه رد بما لا يكون فسخا فكان بيعا فى حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تتعلق بالملك الاول وهذا ملك جديد (تتمة) باع الموكل والوكيل معا ولم يعلم السابق فبيع الموكل أولى عند محمد وعند أبى يوسف يشتركان ويخيران (تكميل) باع الموكل العبد الموكل ببيعه فلم يعلم الوكيل بذلك فباعه الوكيل ايضا وقبض الثمن فهلك فى يده ومات العبد قبل التسليم ورجع المشترى على الوكيل رجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره الموكل أو اعتقه الموكل قبل بيع الوكيل او استحق او كان حرا الاصل لانه صار معزولا من جهة الموكل ولو مات الموكل او جن يعنى قبل بيع الوكيل لعدم علمه بموت الموكل وجنونه لم يرجع لعدم الغرور والوكيل بقبض الدين لو قبضه وهلك فى يده بعد ما وهبه الموكل للمديون ولم يعلم الوكيل لم يضمن بحر عن البدائع

(كتاب الدعوى)

لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة در لان الوكيل بالخصومة يحتاج اليها والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال والفها للتأنيث فلا تنون وتجمع على دعاوى بكسر الواو على الاصل وبفتحها محافظة على ألف التأنيث قيل الفتح أولى وقيل الكسر وقيل هما سواء ومثله الفتوى والفتاوى بحر عن المصباح ومافى الكافى والعينى من انه بالفتح لا غير تعقبه عزمى بقوله وممن صححه بالفتح والكسر ابن الشحنة فى شرح الوهبانية (قوله هى اضافة الشئ الى نفسه الخ) هذا فى الشرع وفى اللغة عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه الخ مطلقا من غير تقييد بمنازعة او مسالمة زيلعى فلو قال ليس لى هذا الشئ وليس هناك منازع لا يصح نفيه فلو ادعاه بعد ذلك لنفسه صح وان كان ثمة منازع فهو اقرار بالملك للمنازع فلو ادعاه بعد لنفسه لا يصح وعلى رواية الاصل لا يكون اقرارا بالملك له بحر عن البزازية قال والتعريف المذكور فى الكتاب خاص بدعوى الاعيان والديون فخرج عنه دعوى ايفاء الدين والابراء منه ورده العلامة المقدسى بان هذا انما يكون من جانب المدعى عليه لدفع الدعوى وايضا اذا علم أن الديون تقضى بامثالها فالايفاء دعوى دين والابراء تمليك معنى انتهى ومافى البحر من قوله ولم أر اشتراط لفظ مخصوص للدعوى وينبغى اشتراط ما يدل على الجزم والتحقيق فلو قال اشك او اظن لم تصح الدعوى انتهى غير محتاج اليه لما سيأتى فى المتن من انه لا بد أن يقول واطالبه حموى عن المقدسى (قوله وشرط جوازها) أى صحتها مجلس القضاء وحضور الخصم فلا يقضى على غائب وهل يحضر بمجرد الدعوى ان بالمصر أو بحيث يبيت بمنزله نعم والا فحتى يبرهن او يحلف منية ومن الشرائط عقل المدعى والمدعى عليه ومعلومية المدعى وكونه مما يحتمل الثبوت فدعوى ما يستحيل وجوده باطلة كقوله لمعروف النسب او لمن لا يولد مثله لمثله هذا ابنى وكدعوى فقير اموالا عظيمة على غنى انه غصبها على ما استظهره فى البحر قال فى الدر وبه جزم ابن الفرس فى الفواكه البدرية وكونها بلسان المدعى فلا تصح بلسان وكيله الا برضى خصمه عند الامام اذا لم يكن به عذر وفى البحر عن خزانة المفتين لو كان المدعى عاجزا عن الدعوى عن ظهر قلب فكتب دعواه فى صحيفة وادعى تسمع انتهى فما سبق من انه اذا عجز عن البيان يقبل منه التوكيل ولا يتوقف على رضى خصمه بالاتفاق يحمل على ما اذا عجز عن البيان حتى من الصحيفة وكونها ملزمة

أى اذا وكل رجلا بشئ ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة
(كتاب الدعوى)
(هى اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة) وشرط جوازها

فلا يصح دعوى التوكيل على موكله الحاضر لامكان عزله وعدم التناقض فى الدعوى الا فى الحرية والنسب كما اذا أقر بالملك لشخص ثم ادّعى الشراء منه قبله لا بعده او مطلقا وذكر فى منية المفتى ان الخصم شرط لقبول البينة اذا أراد المدّعى ان يأخذ من يد الخصم الغائب شيئا أما اذا أراد ان يأخذ حقه من ثمن مال كان للغائب فى يده لا يشترط حضرة الخصم فلا يحتاج القاضى الى نصب الوكيل انتهى هذا وقد قدمنا عن التنوير والدرر ان القضاء على الغائب ينفذ فى اظهر الروايتين عن الامام وذكر فى البحر انه اذا ادّعى حقا فى التركة وأثبته بالبينة فانه يحلف من غير خصم ومن ادعى انه دفع للميت دينه ينبغى ان يحلف احتياطا وفى حاشية الاشباه عن المقدسى انه قال ولم أر أن هذا التحليف واجب أو مندوب اه قال شيخنا وقد سألنى بعض الموالى بحضرة جمع حنفية انه لو حلف المدعى انه ما استوفى دينه ولا بعضه ولا احتال به فنكل ايقضى عليه بالاستيفاء بنكوله فقلت نعم فأورد بعض الحاضرين انه ليس هنا مدعى للاستيفاء فأجبته بانه مدعى عليه فى ضمن دعواه وقوله ولم أر ان هذا التحليف الخ جزم ذلك المورد بوجوب اليمين أخذا من قولهم ان اخبار المجتهد بمنزلة اخبار الشرع وهو للوجوب الا لصارف قلت له غير مسلم اذ الصارف قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر فاستقام قول الشيخ المقدسى لم أر قال شيخنا ثم رايت بحمد الله تعالى فى البحر عن الولوالجية ان تحليف المدعى مع اقامته البرهان فيما ذكر ونحوها مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى انتهى وقوله فأجبته بانه مدعى عليه فى ضمن دعواه لان الشخص الواحد قد يكون مدعيا من وجه مدعى عليه من وجه آخر الا ترى الى قول القهستانى بعد قول المتن والمدعى عليه من يجبر على الخصومة حيث قال فلا يشكل بوصى اليتيم فانه مدعى عليه معنى اذا أجبره القاضى على الخصومة لليتيم انتهى وقوله اذ الصارف قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر يعنى والمنكر هنا لم يكن مدعى عليه صريحا وان كان مدعى عليه ضمنا (قوله مجلس القضاء) فيه مناقشة فان شرط الشئ خارج عن ذلك الشئ وحضور مجلس القاضى مأخوذ فى مفهوم الدعوى حيث عرفها فى الدرر بانها مطالبة حق عند من له الخلاص شيخنا عن الوانى وأما على التعريف الذى ذكره فى الكنز فلا ترد هذه المناقشة (قوله وحكمها وجوب الجواب) فلو سكت كان انكارا فتسمع البينة عليه الا انه يكون أخرس در عن الاختيار قال فى البحر وزاد الزيلعى وجوب الحضور على الخصم وفيه نظر لان حضوره شرطها كما قدمناه فكيف يكون وجوبه حكمها المتأخر عنها انتهى واقول عبارة الزيلعى وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أو نعم واقامة البينة أو اليمين اذا أنكر انتهى فليس فى كلام الزيلعى ما يفيد انه جعل وجوب الحضور حكما وغاية ما استفيد من كلامه ان القاضى لا يحضره بمجرد طلب المدعى بل بعد سماعه دعواه فان رآها صحيحة احضره لطلب الجواب والا فلا فتدبر وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطى المعاملات وشرعيتها ليست لذاتها كما فى البحر عن العناية بل من حيث انقطاعها بالقضاء دفعا للفساد المظنون ببقائها انتهى ودليلها الكتاب والسنة والاجماع وركنها اضافة الحق الى نفسه عند النزاع لو اصيلا كلى عليه كذا أو اضافته الى من ناب المدعى منابه كوكيل ووصى تنوير وشرحه (قوله والمدعى) اسم فاعل من ادعى يدعى وأصله متدعى لان ثلاثيه دعى فنقل الى باب الافتعال فصار اتدعى وقلبت التاء دالا وادغمت الدال فى الدال فصار ادعى وكذلك فى باقى التصرفات من المضارع والامر والمصدر وانما ابدلت التاء دالا ولم يعكس لانها من المهموسة والدال من المجهورة فالاقوى لا يتحول الى الضعيف (تتمة) لما كان قوله والمدعى الخ متناولا للاغلب من المتنازعين فعلا احترز عنه فى الدرر بقوله من المتنازعين قولا ولما كان هذا متناولا للمتنازعين فى المباحث احترز عنه بقوله فى الحق أى حق العبد انتهى قال شيخنا وبحثه انه اذا تضاربا وكان الظافر احدهما فانه يطلق عليه مدع مع انه اذا ترك لا يترك فاحتاج الى اخراجه بقوله من المتنازعين قولا انتهى (قوله أى لا يجبر على الخصومة اذا تركها) لان حق الطلب له

مجلس القضاء وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه (والمدعى من اذا ترك ترك) أى لا يجبر على الخصومة اذا تركها (والمدعى عليه بخلافه)

فاذا تركه لاسبيل عليه عيني (قوله أي يجبر على الخصومة) ظاهره ان الخيار للمدعى في تعيين القاضي لو في البلدة قاضيان الا ان المفتى به ان الخيار للمدعى عليه وهو مذهب محمد در عن البزازية وفي الخانية لو كان في البلدة قاضيان كل واحد منهما في محل على حدة فوقعت الخصومة بين رجلين أحدهما في محلة والآخر في محلة اخرى والمدعى يريدان يخاصمه الى قاضي محلته والآخر يأبى ذلك اختلف فيها أبو يوسف ومحمد والصحيح ان العبرة لمكان المدعى عليه وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى ان يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا وعبارة البزازية قاضيان في مصر طلب كل واحد منهما ان يذهب الى قاض فالخيار للمدعى عليه عند محمد وعليه الفتوى قال في البحر وهو باطلاقه شامل لما اذا أراد المدعى قاضي محلة المدعى عليه والمدعى عليه بالعكس وما اذا تعددت القضاة من المذاهب الاربعة وكثروا كما في القاهرة فأراد المدعى قاضيا شافعيا مثلا والآخر مالكيا مثلا ولم يكونا من محلتهما فان الخيار للمدعى عليه وهذا هو الظاهر وبه أفتيت مرارا كثيرة انتهى ورده العلامة المقدسى بانه غير صحيح أما اولا فان النسخ المشهورة من البزازية ليست على الاطلاق الذى ادعاه وبنى عليه فتواه بل على ما قيده من ان كلا من المتداعيين يطلب المحاكمة عند قاضي محلته وعلى تقدير ان في نسخة منها اطلاقا فهو محمول على التقييد المصرح به في العمادية والخانية وغيرهما فان الذى ولاه خصه بتلك البلدة أو بتلك المحلة ولهذا قال في جامع الفصولين اختصم غريبان عند قاضي بلدة صح قضاؤه على سبيل التحكيم أقول ولا يحتاج الى هذا الآن لان القضاة يفوض لهم الحكم على العموم في كل من هو في بلدهم أو قريتهم التى يتولون القضاء بها ولهذا قال في الفصول العمادية بعد ذكر المسئلة مقيدة بما ذكرنا وكذا لو كان أحدهما من أهل العسكر والآخر من أهل البلد فأراد العسكرى ان يخاصمه الى قاضي العسكر فهو على هذا ولا ولاية لقاضي العسكر على غير الجندى انتهى فهذا دليل واضح على ان المعتبر هو الولاية فالسلطان لما ولى قاضيا ببلدة أو محكمة مخصوصة خصه باهل تلك البلدة فليس له ان يحكم على غيرهم ومعلوم ان قاضي مصر لما ولى لم يخص حكمه باهل مصر بل بمن هو فيها من مصرى وشامى وحلبى وغيرهم فينبغى التعويل على قول أبي يوسف لموافقته لتعريف المدعى والمدعى عليه وان ماذكره المتأخر يعنى العلامة زينا لا وجه له حموى عن المقدسى (تتمة) سئل قارى الهداية عن الدعوى بقطع النزاع بينه وبين غيره فأجاب لا يجبر المدعى على الدعوى لان الحق له انتهى قال في البحر ولا يعارضه مانقلوه في الفتاوى من صحة الدعوى بدفع التعرض والفرق بينهما ظاهر فانه في الاول يدعى انه ان كان له شئ عليه يدعيه والا يشهد على نفسه بالابراء وفي الثانى يدعى انه يتعرض له في كذا بغير حق فيطالبه بدفع التعرض انتهى (قوله هذا حد صحيح) صوابه هذا فرق صحيح حموى (قوله علم جنسه وقدره) بالاجماع لان الغرض الزام المدعى عليه عند اقامة البينة ولا الزام فيما لا يعلم جنسه وقدره قال في البحر وأشار باشتراط معلومية الجنس والقدر الى انه لابد من بيان الوزن في الموزونات ودعوى المجهول لا تصح الا في الابراء وقال في البحر ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول دعوى الرهن والغصب لما في الخانية اذا شهدوا انه رهن عنده ثوبا ولم يسموا الثوب ولم يعرفوا عينه جازت شهادتهم والقول للمرتهن في أى ثوب كان وكذلك في الغصب اه قال والحاصل انه في دعوى الغصب والرهن لا يشترط بيان الجنس والقيمة في صحة الدعوى والشهادة ويكون القول في القيمة للغاصب والمرتهن الخ (قوله والمدعى به خطأ) كذا في الكافى والمغرب وفي طلبة الطلبة ولا يقال مدعى فيه وبه وان كان تتكلم به المتفقهة الا انه مشهور فهو خير من الصواب المهجور حموى وحينئذ يستغنى عما قيل من ان الادعاء يضمن معنى الاخبار فيعدى بالباء (قوله كلف احضارها) اطلقه وهو مقيد بما لا حمل له ولا مؤنة اما ماله حمل ومؤنة فانه لا يجبر على احضاره وتفسير الحمل والمؤنة كونه بحال يحمل الى مجلس القاضى باجر لا مجانا وقيل ما يمكن حمله بيد واحدة فهو مما لا حمل له ولا مؤنة وقيل ما يحتاج في نقله الى مؤنة كبر وشعير مماله حمل لا مالا يحتاج الى

أي يجبر على الخصومة اذا تركها هذا حد صحيح (ولا تصح الدعوى حتى يذكر) المدعى (شيئا علم جنسه) بأن قال حنطة مثلا (وقدره) بأن قال عشرة أقفزة مثلا (فان كان) المدعى (عينا) وهو المال والمدعى به خطأ (في يد المدعى عليه كلف) المدعى عليه (احضارها ليشير المدعى اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف) أي يكلف المدعى عليه باحضار المدعى ليشير الشهود باداء الشهادة والقاضى عند الاستحلاف والمدعى عليه عند الحلف هذا اذا امكن احضار العين في مجلس القضاء كالثياب والعبيد

مؤنة كمسك وزعفران وقيل مااختلف سعره فى البلدان مماله حمل ومؤنة لاما اتفق بحر (قوله وان كان ممايتعسر نقلها) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها وان كان ممايتعذر وهو الظاهر اذ الذى يقابل الممكن انما هو المتعذر لا المتعسر حموى وأقول المراد بالممكن ما لا مؤنة فى نقله لا ما يمكن مطلقا لئلا يلزم تكليفه الاحضار مع الامكان ولو فيماله حمل ومؤنة مع انه لا يلزمه وحينئذ فالتعبير بالمتعسر انسب على ان المراد بالتعذر هنا التعسر بان كان فى نقله مؤنة وان قلت كما فى الدر عن ابن الكمال (قوله كالرحى والخشبة) وكذا اذا كان المدعى وديعة لا يجبر على احضارها لان الواجب فيها التخلية لانقلها (قوله بان لم تكن حاضرة) صوابه بأن لم تكن قائمة بهلاكها أوغيبتها حموى (قوله ذكر الذكورة والانوثة) يعنى فى الحيوان واختاره فى الاختيار وشرط الشهيد بيان السن أيضا در (قوله وصاحب الذخيرة فيها) زاد فيها لدفع ما عساه ان يتوهم من عدم ذكره فى الذخيرة بل فى مؤلف آخر له (قوله وان لم يبين القيمة وقال غصبت منى الخ) واذا صح دعوى الغصب بلا بيان القيمة فلان يصح ذا بين قيمة الكل جملة فيما اذا ادعى اعيانا مختلفة الجنس والنوع والصفة وان لم يذكر قيمة كل على حدة بالطريق الاولى وقيل فى دعوى السرقة يشترط ذكر القيمة ليعلم كونها نصابا فأما فى غيرها فلا يشترط وفى دعوى الايداع لا بدّ من بيان مكانه سواء كان له حمل أولا وفى الغصب ان له حمل فلا بدّ من بيانه لصحة الدعوى والالا تنوير وشرحه (قوله ذكر فى عامة الروايات الخ) قال فى الكافى لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به قال فى الدرر وفائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا أنكر والجبر على البيان اذا أقر أو نكل عن اليمين فليتأمل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق انتهى أقول فى هذا التحقيق نظر لما صرح به قاضيخان عن شمس الائمة الحلوانى ان الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف الا اذا اتهم القاضى وصى اليتيم او قيم الوقف انتهى وحينئذ لا يتم ماذكره والحق ان هذه الدعوى والبينة تقبل فى حق الحبس فيحبس المدعى عليه حتى يحضره لتشهد البينة على عينه فلو قال لا اقدر عليه حبس قدر ما لو قدر احضره ثم يقضى عليه بقيمته يعنى بعد الجبر على بيان القيمة وفى الخانية قدر الحبس بشهرين حموى (قوله أنه تسمع دعواه) فالجهالة فى الدعوى وفى الشهادة تمنع الصحة الا فى الغصب والسرقة والرهن كما فى الاشباه بغير هذا اللفظ وبهذا يتأيد ما سبق عن الدرر ولا يتم حينئذ ماذكره السيد الحموى فى الرد عليه بكلام قاضيخان (قوله وان ادعى عقارا) اعلم ان البناء والنخل من المنقولات وانه لا شفعة فيهما اذا بيعا بلا عرصة فان بيعا معها وجبت فيهما تبعا وقد غلط بعض العصريين فجعل النخيل من العقار بحر وقوله لا شفعة فيهما اذا بيعا بلا عرصة يحمل على ما اذا لم تكن الارض محتكرة والا فالبناء بالارض المحتكرة تثبت فيه الشفعة لانه لماله من حق القرار التحق بالعقار كما سيأتى فى الشفعة (قوله ذكر حدوده) والمصر والمحلة والموضع وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر والقرية لازم شرنبلالية (قوله سواء كان مشهورا اولا) الا اذا عرف الشهود الدار بعينها فلا يحتاج الى ذكر حدودها تنوير كما لو ادعى ثمن العقار لانه دعوى الدين حقيقة در عن البحر (قوله وكفت ثلاثة) لان للاكثر حكم الكل زيلعى (قوله بخلاف ما اذا غلط الخ) لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركه ثم انما يثبت الغلط باقرار الشاهد درعن الفصولين ونظيره اذا ادعى شراء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحدود فى الدعوى يشترط فى الشهادة لانه بها يصير معلوما للقاضى زيلعى (قوله فى الرابعة) صوابه فى الرابع (قوله ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما) لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله فى يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم عينى (قوله بل ببينة الخ) لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار فى يده فلا بد من اثباته زيلعى وهذا اذا ادعى ملكا مطلقا اما فى دعوى الغصب ودعوى الشراء من ذى اليد فلا يفتقر للبينة لان دعوى الفعل كما تصح

تحضر عندهما الحاكم أو بعث أمينا ليسمع شهادة الشهود عند حضرة الرحى فاذا سمع يخبر القاضى بذلك فيقضى القاضى باخبار امينه وحده كذا فى القنية ومثله فى الخانية (فان تعذر) احضارها بان لم تكن حاضرة (ذكر قيمتها) وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وقال القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة فيها وان كان العين غائبا وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكره ان بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين القيمة وقال غصبت منى عين كذا ولا ادرى انه هالك أو قائم ولا أدرى انه كم كانت قيمته ذكر فى عامة الروايات انه تسمع دعواه (وان ادعى عقارا ذكر حدوده) الاربعة مطلقا سواء كان مشهورا أولا واليه مال أبو حنيفة وهو ظاهر الرواية وقيل ان كان مشهورا كدار الوليد بالكوفة ودار الفضل ببخارى يكتفى بذكرها دون الحدود وهو قولهما (وكفت ثلاثة) أى لو ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها خلافا لزفر بخلاف ما اذا غلط فى الرابعة لا تصح الدعوى (و) ذكر (اسماء اصحابها) وانسابهم (ولا بدّ من ذكر الجد) أى ذكر جد صاحب الحد (ان لم يكن) صاحبه (مشهورا) وان كان مشهورا يكتفى بذكره (و) ذكر (انه) أى العقار (فى يده) أى فى يد المدعى عليه ولا يحتاج الى هذا القيد فى المنقول لانه مشاهد فى اليد (ولا تثبت اليد فى العقار بتصادقهما) بان ذكر المدعى ان العقار المدعى فى يد المدعى عليه وصدق المدعى عليه فى ذلك (بل) تثبت اليد (ببينة أو علم قاض) فى الصحيح قال بعض المشايخ يكفى التصديق (بخلاف المنقول) فانه تثبت فيه اليد بتصادقهما

(و) ذكر (انه تطالبه) به ليجب على القاضي اعانته وقيل لان المطالبة حقه وفيه اشتباه وظني انه لدفع احتمال التاجيل واعلم ان الدين اذا كان وزنيا لابدان يبين القدر والجنس كما مر في الكيلي واذا كان مضروبا لابدان يبين نوعه نحو بخاري الضرب وان كان في البلاد نقود مختلفة لابدان يبين نوعه وصفته بانه جيد اوردي كذا في النهاية (به) أي ذكر المدعي انه يطالب المدعى عليه بالعقار أي بتسليمه اليه لانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده أو محبوسا بوجه شرعي في يده وانما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة ولهذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق كذا في الكافي فعلم من هذا ان هذا القيد يراد في المنقول أيضا (وان كان) المدعى (دينا) في الذمة (ذكر) المدعي (وصفه وانه يطالبه به) ولو ادعى الحنطة بالامناء وبين أوصافها فقد قيل لا يصح (فان صحت الدعوى سأل) القاضي (المدعى عليه عنها) أي عن الدعوى (فان اقر) المدعى عليه (أو أنكر فبرهن المدعي قضى عليه) لكن في الاولى بالاداء فقط وفي الثانية بالاداء واللزوم فحينئذ لا يكون قضاء بل مجازا في الاولى حقيقة في الثانية (والا) أي وان لم يبرهن بان عجز عن البينة (حلف) القاضي المدعى عليه (بطلبه) أي المدعي الحلف وان لم يطلبه لا حلف عليه (ولا ترد يمين على مدع) مطلقا وقال الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضى له والا لا

على ذي اليد تصح على غيره أيضا تنوير وشرحه عن البزازية (قوله وانه يطالبه به) وليس المراد لفظ واطالبه به بل هو وما يفيده من قوله مرة ليعطي حقي واما اصحاب الفتاوى كالخلاصة جعلوا اشتراطه قولا ضعيفا فالصحيح على ما في الفتاوى عدم اشتراط المطالبة اصلا كذا بخط شيخنا (قوله ليجب على القاضي اعانته) الى قوله كذا في النهاية هذا وان عزاه الشلبي الى مسكين لا وجود له في غالب النسخ شيخنا (قوله وظني انه لدفع احتمال التأجيل) اذ يجوز ان يكون رهنا فبقاؤه في يده مؤجل ببقاء الدين كذا بخط شيخنا (قوله فعلم من هذا ان هذا القيد) أي قيد المطالبة حموي (قوله ذكر وصفه) لانه لا يعرف الا به در (قوله ولو ادعى الحنطة الخ) ولابد في دعوى المثليات من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب كما في التنوير فلو ادعى كر بر دينا عليه ولم يذكر سببا لم تسمع واذا ذكر ففي سلم اعماله المطالبة في مكان عيناه وفي نحو قرض وغصب واستهلاك في مكان القرض ونحوه در عن البحر (قوله فقد قيل لا يصح) وقيل يصح كذا في النهاية لان المدار على المعلومية وان كانت بالوزن في المكيل شيخنا (قوله فان اقر أو انكر) ولو قال لا اقر ولا انكر حبسه حتى يقر أو ينكر لانه ظالم فجزاؤه الحبس درر وكذا لو لزم السكوت بلا آفة عند الثاني خلاصة قال في البحر وبه أفتيت لما ان الفتوى على قول الثاني فيما يتعلق بالقضاء ثم نقل عن البدائع الاشبه انه انكار فيستحلف در (قوله قضى عليه) بلا طلب المدعي در (قوله حلف القاضي المدعى عليه) قيد بتحليف القاضي لان المدعى عليه لو حلف بطلب المدعي يمينه بين يدي القاضي من غير استحلاف القاضي فهذا ليس بتحليف لان التحليف حق القاضي كذا في القنية ولو اصطلحا على ان يحلف عند غير القاضي ويكون بريئا فهو باطل وكذا لو اصطلحا ان المدعي لو حلف فالخصم ضامن للمال وحلف لم يضمن بحر وتنوير (قوله بطلبه) اعلم انه لا تحليف الا بعد الطلب عندهما في جميع الدعاوى وعند أبي يوسف يستحلف بلا طلب في أربعة مواضع في الرد بالعيب يستحلف المشتري على عدم الرضا به والشفيع على عدم ابطاله الشفعة والمرأة اذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف انه لم يترك لها شيئا ولا أعطاها النفقة والرابع المستحق يحلف بالله تعالى ما بعت واجمعوا على ان من ادعى دينا على الميت يحلفه القاضي بلا طلب الوصي والوارث بحر وقوله بالله ما بعت فيه قصور والاولى ان يحلف بالله ما خرج عن ملكك ليشمل ما لو خرج عن ملكه بالبيع وغيره ثم اعلم ان المدعى عليه لا يجوز له الانكار مع علمه بالحق الا في دعوى العيب فان للبائع انكاره ليقيم المشتري البينة عليه فيتمكن من الرد على بائعه وفي الوصي اذا علم بالدين ذكرهما في بيوع النوازل شرنبلالية عن الاشباه (قوله أي المدعي) أشار به الشارح الى ان اضافة الطلب الى الضمير من قبيل اضافة المصدر الى الفاعل بناء على ما ذكره حيث جعل الضمير للمدعي وهذا لا يتعين بل يحتمل عود الضمير للحلف وعليه فالاضافة من اضافة المصدر للمفعول فيكون التقدير بطلب الحلف وحذف الفاعل للعلم به (قوله وان لم يطلبه لا حلف عليه) لقوله عليه السلام لك يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهي اعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم زيلعي (قوله ولا ترد يمين على مدع مطلقا) أي سواء نكل الخصم اولم ينكل (قوله وقال الشافعي الخ) لان يمين المدعى عليه محتملة ويمين المدعي غير محتملة بل هي دليل على ظهور صدق دعواه فيحكم بها ولنا قوله عليه السلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى اناس دماء رجال وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من انكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شيء آخر حتى يكون على المدعي ولانه عليه الصلاة والسلام قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة عيني وقوله ان الالف واللام للاستغراق لان لام التعريف تحمل على الاستغراق وتقدم على تعريف الحقيقة اذا لم يكن هناك معهود وقوله ليس وراءه شيء آخر أي ليس وراء الجنس شيء آخر من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين فلو رد اليمين على المدعي

لزم

لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل الاستدلال بالحديث من وجهين حموى عن تكملة قاضى زاده (قوله وكذا اذا اقام المدعى شاهدا واحدا الخ) لما روى انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما رويناه وما رواه ضعيف ردّه يحيى بن معين ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوى فضلا عن ان يكون معارضا للصحاح المشاهير عينى (تتمة) طلب من القاضى ان يحلف المدعى انه محق او يحلف الشهود أنهم صادقون او محقون فى شهادتهم لا يجيبه ولو علم الشاهدان القاضى يحلفه له الامتناع عن اداء الشهادة تنوير وشرحه عن البزازية (قوله الا ان يكون تاريخ ذى اليد أسبق) بخلاف ما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الشراء من فلان وبرهنا وارخا وتاريخ ذى اليد اسبق فانه يقضى للخارج بحر عن الظهيرية (قوله اما اذا ادعى ذو اليد النتاج) لان بينة ذى اليد فى النتاج تثبت اولية الملك (قوله وأرخا تاريخا وتاريخ ذى اليد أسبق) مقتضى التقييد بسبق تاريخ ذى اليد انه عند عدم سبقه لا يقضى لذى اليد بل للخارج فعلى هذا لا فرق فى انه يقضى لذى اليد عند سبق تاريخه وللخارج عند عدم السبق بين الملك المطلق وغيره فلا يكون التقييد بالملك المطلق فى كلام المصنف احترازيا حينئذ لما علمت من ان القضاء ببينة الخارج فى الملك المطلق مقيد بعدم سبق تاريخ ذى اليد وكذا القضاء ببينة ذى اليد فى غير الملك المطلق كالنتاج ونحوه مقيد بسبق تاريخه فلو حذف المصنف التقييد بالملك المطلق وأبدله بقوله ان لم يسبق تاريخ ذى اليد لكان اولى (قوله فان فى هذه الفصول تقبل بينة ذى اليد) بالاجماع اذا كان سببا لا يتكرر يعنى مثل غزل القطن والكتان وحلب اللبن وان كان يتكرر كالبناء والغرس يقضى للخارج وان سبق تاريخ ذى اليد (قوله وقال الشافعى الخ) لان بينة ذى اليد تأكدت باليد فصار كما اذا أقاما البينة على النتاج وعلى نكاح امرأة والمرأة فى يد أحدهما فانه يكون اولى وكذا لو ادعيا أمة وادعى كل واحد منهما انها أمته دبرها او اعتقها او استولدها وأقاما بينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا واظهارا لان قدر ما اثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واخويه وعلى الولاء الثابت بها زيلعى وبحر وقوله وعلى الولاء الثابت بها أى الثابت بالاعتاق واخويه فما فى بعض النسخ من تثنية الضمير تحريف (قوله يقضى ببينة ذى اليد مطلقا) أى فى الملك المطلق شيخنا لانه المختلف فيه بيننا وبين الشافعى لما سبق من انه فى غير الملك المطلق يقضى لذى اليد بالاجماع وعلى هذا فمعنى الاطلاق انه لا فرق عنده فى القضاء لذى اليد فى الملك المطلق بين ما اذا كان تاريخ ذى اليد أسبق ام لم يكن (قوله وقضى بمال المدعى) الاولى ان يقال بالمدعى حموى (قوله ان نكل مرة) لان النكول بذل او اقرار فيه شبهة البذل فلا يوجب شيئا الا بالقضاء بحر عن الزيلعى من باب التحالف ولا بد ان يكون النكول فى مجلس القاضى وهل يشترط القضاء على فور النكول خلاف ولم أر فيه ترجيحا ولو قضى عليه بالنكول ثم اراد ان يحلف لم يلتفت اليه والقضاء على حاله درر فبلغت طرق القضاء ثلاثا وعدها فى الاشباه سبعا بينة واقرار ويمين ونكول عنه وقسامة وعلم قاض على المرجوح والسابع قرينة قاطعة كان ظهر من دار خالية انسان خائف معه سكين ملوث بدم فدخلوها فورا فوجدوا مذبوحا لحينه اخذ به اذ لا يمترى احد انه قاتله ولو شك فيما يدعى عليه ينبغى ان يرضى خصمه ولا يحلف تحرزا عن الوقوع فى الحرام وان أبى خصمه الا حلفه ان اكبر رأيه ان المدعى مبطل حلف والا لا برازية وتقبل البينة لو أقامها بعد يمين المدعى عليه كما تقبل بعد القضاء بالنكول خانية وهو الصحيح لقول شريح اليمين الفاجرة أحق ان ترد من البينة العادلة ولان اليمين كالخلف عن البينة فاذا جاء الاصل انتهى حكم الخلف و يظهر كذبه باقامتها والادعاء بلا سبب حتى يحنث فى يمينه وان ادعاه بسبب فحلف انه لا دين عليه ثم أقامها على السبب لا يظهر كذبه لجواز انه وجد القرض ثم وجد الابراء أو الايفاء وعليه الفتوى درر عن الفصولين وغيرها (تتمة) الصبى العاقل المأذون له أن يستحلف و يقضى عليه بالنكول ولا يستحلف الاب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى فى مال الوقف

وكذا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضى له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشئ (ولا بينة لذى اليد فى الملك المطلق) أى لا تعتبر (وبينة الخارج أحق) وأولى يعنى لو ادعى خارج دارا أو منقولا ملكا مطلقا وذو اليد ادعاه كذلك وبرهنا ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا لا تقبل بينة ذى اليد ويقضى للخارج الا أن يكون تاريخ ذى اليد اسبق فحينئذ يقضى لذى اليد وقوله وبينة الخارج بيان لقوله ولا بينة لذى اليد والمراد بالمطلق ان يدعى ان هذا ملكى وسكت عن السبب اما اذا ادعى ذو اليد النتاج أو ادعيا تلقى الملك من واحد واحدهما قابض أو ادعيا الشراء وارخا تاريخا وتاريخ ذى اليد اسبق فان فى هذه الفصول تقبل بينة ذى اليد بالاجماع كذا فى المبسوط لشيخ الاسلام وقال الشافعى يقضى ببينة ذى اليد مطلقا (وقضى) بمال المدعى (ان نكل) المدعى عليه (مرة) صريحا (بلا أحلف) أى بان قال لا احلف وهو النكول الحقيقى (اوسكت) وهو النكول الحكمى اذا علم انه لم يكن من خرس أو صمم أو طرش فى الصحيح وعند الشافعى لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعى فان حلف المدعى أخذ المال وان أبى انقطعت المنازعة بينهما

ادعى على آخر دينا مؤجلا فأنكر لا يحلف فى اظهر الروايتين ادعى على عبد محجور حقا يؤاخذ به بعد
العتق فان انكر يحلف منية المفتى وقوله ولا يستحلف الاب الخ ليس على اطلاقه ففى البحر عن السراج
ولا يستحلف الاب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى للمسجد والاوقاف الا اذا ادعى عليهم
العقد يستحلفون حينئذ انتهى وفيه عن الزيلعى اذا نكل المكاتب لا يلزم شئ لتمكنه من الفسخ بالتعجيز
أى اذا نكل عن دعوى السيد الكتابة (قوله وعرض اليمين ثلاثا) يقول له فى كل مرة انى اعرض
عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه (قوله وهو لازم فى المروى عن أبى يوسف ومحمد) أى
تكرار العرض ثلاثا لازم ويتمشى عليه ما فى البحر عن الخانية حيث قال ولو ان المدعى عليه بعد ما عرض
عليه اليمين مرتين استمهله ثلاثة أيام ثم مضت وقال لا احلف لا يقضى عليه حتى ينكل ثلاثا ويستقبل عليه
اليمين ولا يعتبر نكوله قبل الاستمهال (قوله ولا يستحلف فى نكاح) مجرد عن المال عند أبى حنيفة أما
اذا ادعت المرأة انه تزوجها على كذا او ادعت النفقة وأنكر الزوج فانه يستحلف اتفاقا حموى
وسيأتى انه بالنكول عن الحلف يثبت ما ادعته من الصداق او النفقة دون النكاح فان كان مدعى النكاح
هو الزوج لم يجز له تزوج اختها أو رابعة سواها الا ان يطلقها وان كانت الزوجة وارادت التزوج فالخلاص
ان يقول الزوج ان كنت امرأتى فأنت طالق فتطلق لو كانت امرأته ولا يلزمه مهر فان أبى اجبره القاضى
بحر عن البدائع (تتمة) فى القنية يستحلف فى دعوى الاقرار بالنكاح قال فى البحر وظاهره انه باتفاق
(قوله بعد العدة) قيد به احترازا عما اذا ادعى الرجعة فى العدة فانها تثبت بقوله وان كذبته لانه ادعى امرا
يملك استئنافه للحال منح الغفار وهذا أى جعل القيد احترازيا بالنسبة لما اذا كان المدعى هو الزوج
فلو ادعت هى قبل العدة أو بعدها فان صدقها تثبت الرجعة لتصادقهما والا فلا (قوله بعد المدة) قيد
به لانه لو ادعى الفئ فى مدة الايلاء ثبت بقوله وكذا يثبت اذا ادعاه بعد مضيها وصدقته منح الغفار
(قوله بان ادعت امة على سيدها الخ) ولا يتأتى من الجانب الآخر اذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد
باقراره ولا يعتبر انكارها وكذا الحد واللعان بخلاف سائر الاشياء المذكورة اذ يتأتى فيها الدعوى
من الجانبين شيخنا عن الدرر وعزمى زاده وقوله وكذا الحد واللعان أى لا يتصوران يكون المدعى
الا المقذوف والامة أى المقذوف بالنسبة للحد واللعان والامة بالنسبة للاستيلاد فما فى الزيلعى من قوله
والمولى سبق قلم والصواب والامة بقى ان يقال ظاهر كلام الشارح كغيره انها ادعت الاستيلاد مجردا عن
دعوى اعترافه والذى فى صدر الشريعة ادعت انها ولدت منه هذا الولد وادعاه أى ادعت انه ادعاه
فهو من تتمة كلامها كما ذكره أبى شلبى والذى يظهران التقييد به ليس احترازيا بل يبتنى على ما هو
المشهور من انه يشترط لثبوت نسب ولد الامة وجود الدعوى من السيد وعلى غير المشهور لا يشترط ذلك
بل يكفى عدم نفيه وكذا ظاهر كلامهم ادعت الامة يفيد الاحتراز عن دعوى الزوجة ويخالفه قول
القهستانى بعد قول المتن واستيلاد بان ادعى احد من الامة والمولى أو الزوجة والزوج انها ولدت منه ولدا
حيا أو ميتا كما فى قاضيخان ولكن فى المشاهير ان دعوى الزوج والمولى لا تتصور لان النسب يثبت باقراره
ولا عبرة لانكارها بعده ويمكن ان يقال انه بحسب الظاهر لم يدع النسب كما يدل عليه تصويرهم انتهى
(قوله بان ادعى على مجهول النسب انه عبده الخ) وما فى شرح العينى من قوله بان ادعى على مجهول
النسب انه عبده أو ادعى مجهول النسب انه معتقه خلاف الصواب والصواب انه عبده اذ الكلام
فى دعوى الرق (قوله ونسب بان ادعى الخ) ثم اذا لم يستحلف المنكر عنده فى النسب هل تقبل بينة المدعى
ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل
الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى
أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق جده بحر عن السراج الوهاج (قوله بان ادعى على معروف
النسب انه معتقه) أشار الى عدم الفرق فى دعوى الولاء بين المعروف والمجهول بخلاف دعوى الرق

والنسب

(وعرض) القاضى (اليمين) على المدعى
عليه (ثلاثا ندبا) وهو لازم فى المروى
عن أبى يوسف ومحمد والجمهور على انه
للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة
نفذ قضاؤه فى الصحيح (ولا يستحلف
فى نكاح) بان ادعى رجل على امرأة
أو هى نكاحا والآخر ينكر (و) فى
(رجعة) بان ادعت عليه أو هو عليها
بعد العدة انه راجعها فى العدة وأنكر
الآخر (و) فى (فىء) بان ادعى المولى
عليها أو هى بعد المدة انه فاء فى المدة
وأنكر الآخر (و) فى (استيلاد) بان
ادعت أمة على سيدها انها ولدت
منه هذا الولد أو ولدا قد مات وأنكر
الآخر (و) فى (رق) بان ادعى
على مجهول النسب انه عبده أو ادعى
المجهول عليه انه عبده وأنكر
الآخر (و) فى (نسب) بان ادعى
على مجهول النسب انه ابنه أو هو
يدعى عليه والآخر ينكر (و) فى
(ولاء) بان ادعى على معروف النسب
انه معتقه أو ادعى المعروف
ذلك عليه وهو مولاه أو كان ذلك فى ولاء الموالاة
والآخر ينكر هذه المسائل كلها عند
ابى حنيفة

وعنـدهما يستحلف وبه يفتى فيها
(ولا) يستحلف في (الحدود واللعان)
صورة اللعان ان امرأة ادعت على
زوجها انه قذفها بالزنا وعليك
اللعان وهو منكر وصورة الحد ادعى
على آخر انك قد قذفتني بالزنا وعليك
الحد وهو ينكر ففي الصورتين
لا يستحلف اجماعا الا اذا تضمن حقا
بان علق عتق عبده بالزنا فقال ان
زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنا
ولا بينة له عليه استحلف المولى حتى
اذا نكل يثبت العتق دون الزنا كذا
في أدب القاضي للصدر الشهيد (قال
القاضي الامام فخر الدين) قاضيخان
(رحمه الله)

والنسب فان مجهولية نسب المدعى رقه ونسبه شرط صحة الدعوى شيخنا قلت ولهذا قال الشمنى فى جانب دعوى الولاء بان ادعى رجل على آخران له عليه ولاء عتاقة أو موالاة او العكس انتهى ولم يقيد بالمجهول وانما لا يحلف فى الاشياء الستة عنده لان النكول بذل واباحة اذ لو حمل على الاقرار لكذبناه فى الانكار ولو جعل بذلا انقطعت الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب وهذه حقوق لا يجرى فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص فى النفس بخلاف الاموال وذلك لان المرأة لو قالت مثلا لا نكاح بينى وبينك ولكن بذلت نفسى لك لم يصح كلامها ولو قال فى دعوى الولاء عليه لست أنا مولاه و أنا حر ومعتق فلان آخر ولكن أبحت له ولائى لا يكون له عليه ولاء وكذا سائر الامثلة فالحاصل أن كل محل يقبل الاباحة بالاذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا والبذل قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم عناية وفى الدرر اشارة اليه وكلام الزيلعى يقتضى عدم اشتراط الدفع حيث قال ومعنى البذل ترك المنع وما فى البحر عن الظهيرية يشهد لما ذكره الزيلعى حيث فسره بترك المنازعة والاعراض عنها لا يقال ان اباحنيفة ترك الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر بالرأى وهو لا يجوز لانه لم ينف وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجرى فيها سقطت كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلاة لفوات المقصود عناية (قوله وعندهما يستحلف) لان هذه حقوق تثبت بالشبهات فيجرى فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان الحلف لما وجب فتركه دليل على انه باذل أو مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة والاقرار يجرى فى هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة لانه سكوت فى نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط بالشبهات واللعان حد الازواج فأشبه حد القذف درر والجواب عن قول الصاحبين ان النكول يعتبر من المأذون والمكاتب وهما لا يملكان البدل الخ ان يقال انما جاز من المكاتب والعبد والصبى المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن فى التجارة كالضيافة اليسيرة واعلم ان الاختلاف فى التحليف فى الاشياء المذكورة اذا لم يقصد بها المال كما اذا ادعت انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر يحلف فان نكل قضى بنصف المهر اجماعا حموى عن البزازية ومثله فى الشرنبلالية عن المواهب وتحصل من كلامهم ان الاختلاف بين الامام وصاحبيه فى الاستحلاف وعدمه يبتنى على الاختلاف فى النكول هل هو بذل أو اقرار (قوله ادعت على زوجها انه قذفها بالزنا الخ) قصر التصوير على ما اذا كانت الدعوى من جانبها لما سبق من عدم تحقق الدعوى فى اللعان من الجانبين وكذا فى حد القذف ولهذا قصر الشارح الدعوى فيه على المقذوف حيث قال ادعى على آخر انك قد قذفتنى (قوله لا يستحلف اجماعا) يرد عليه ما فى البدائع من قوله وأما فى دعوى القذف اذا حلف على ظاهر الرواية فنكل يقضى بالحد فى ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص فى الطرف عند أبى حنيفة وعندهما بمنزلة النفس وقال بعضهم بمنزلة سائر الحدود لا يقضى فيه بشئ ولا يحلف وقيل يحلف ويقضى فيه بالتعزير دون الحد كما فى السرقة يحلف ويقضى بالمال دون القطع شرنبلالية (قوله بالزنا) أى زنا نفسه كما فى الدرر (قوله فادعى العبد انه قد زنى) وهل يصير العبد قاذفا مولاه بهذا الكلام فى أدب القاضى اشارة اليه فانه قال وقد أتى بالذى علقه عليه ولم يقل انه زنى تحرزا عن ذلك وذكر فى الحدود رجل قذف غيره فقال رجل آخر للقاذف هو كما قلت يصير الثانى قاذفا انتهى (قوله استحلف المولى) أى على السبب بالله ما زنيت بعد ما حلفت بعتق عبدك هذا بحر عن الخانية (قوله قال القاضى الامام فخر الدين) الحسن بن منصور بن أبى القاسم محمود بن عبد العزيز الاوزجندى الفرغانى المعروف بقاضيخان صاحب الفتاوى تفقه على جماعة من الكبار منهم أبو اسحاق بن على المرغينانى وتفقه عليه جماعة من الكبار منهم ابو اسحاق شمس الائمة محمد بن عبد

الستار الكردري توفي يوم الاثنين خامس عشر شهر رمضان سنة خمسمائة واثنين وتسعين رحمه الله عيني
(قوله الفتوى على انه يستحلف) واختار المتأخرون انه ان كان المنكر متعنتا يستحلف اخذا بقولهما وان
كان مظلوما لا يستحلف أخذا بمذهب الامام زيلعي صورة الاستحلاف على قولهما ماهي بزوجة لي وان
كانت زوجة لي فهي طالق بائن لانها لو كانت صادقة لا يبطل النكاح بجحوده فاذا حلف تبقى معطلة
وقال بعضهم يستحلف على النكاح فان حلف يقول القاضي فرقت بينكما بحر عن الخانية (قوله وهي
سبعة) يعني اختلف فيه فلا يرد انها تسعة باعتبار الحد واللعان لان عدم التحليف فيهما مجمع عليه عيني
(قوله ويستحلف السارق الخ) قيد بحد السرقة لان غيره من بقية الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع بحر
ويحلف في التعزير كما في الدرر معللا بانه محض حق العبد وهذا التعليل موافق لما سيجيء منه في اوائل كتاب
الصلح لكنه مخالف لما سبق منه في فصل التعزير من ان حق العبد غالب فيه ولهذا قال المولى عزمي
فبين كلاميه تدافع ظاهر (قوله ضمن المسروق) لان المال يجب بالشبهة عيني (قوله ولم يقطع) لان
المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه بالنكول والقطع وهو لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل
وامرأتان بحر وقوله كما اذا شهد عليها أي على السرقة فيقضى بشهادة الرجل والمرأتين بالنسبة لضمان
المال دون القطع (قوله اذا ادعت المرأة طلاقا) ولا فرق بين ان تدعي المهر أو نفقة العدة بحر عن
الخانية (قوله والتقييد بقبل الوطء اتفاقي الخ) لكن فائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الوطء
هي تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان تكون الدعوى في كل المهر او نصفه وسواء كان دعوى
المهر في صورة الطلاق أولا كذا في مفتاح الكنز حموي (قوله لان الاستحلاف يجري في الطلاق)
أي بالاجماع كما ذكره الزيلعي وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق
بسبب الملك وامتناع الرجوع في الهبة الخ ومما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره
كالاب والابن في حق الرجل بخلاف المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير (قوله وجاحد
القود) أي منكر القصاص بان ادعى عليه رجل قصاصا عيني (قوله هذا عند أبي حنيفة) لان
النكول بذل وانما يجوز في الطرف ولا يجوز في النفس الا ترى انه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص
في رواية ولو قطع يده بأمره لا يجب عليه شيء عيني والمنفي وجوب الضمان فلا ينافي انه اثم ولهذا قال في البحر
ولو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان اعمالا للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وفي كيفية الاستحلاف
على القتل روايتان في رواية يستحلف على الحاصل بالله ماله عليك دم ابنه أو أبيه أو وليه فلان وفي رواية
يستحلف على السبب بالله ما قتلت بحر (قوله وعندهما يلزمه الدية فيهما) ولا يقضى بالقصاص لان
النكول اقرار فيه شبهة فيصح لايجاب المال دون القصاص وعند الثلاثة يقتص فيهما بعد حلف المدعي عيني (قوله
ولو قال المدعي الخ) قيد بقوله المدعي لانه لو كان له بينة عادلة حاضرة ولم يخبر القاضي بها فهو مخير بين
الاستحلاف واقامة البينة بحر عن القنية (قوله حاضرة) فلو كانت خارج المصر يحلف بالاجماع عيني
(قوله في المصر) قيد بالمصر وان كان اطلاق كلام المصنف متناولا لما لو كانت حاضرة في المجلس لانه
المختلف فيه قال في البحر أطلق في حضورها فشمل حضورها في مجلس الحكم ولا خلاف انه لا يحلف
وحضورها في المصر وهو محل الاختلاف انتهى (قوله لم يستحلف) لان ثبوت الحق أي حق الاستحلاف
مرتب على العجز عن اقامة البينة فلا تكون حقه دونه عيني أي فلا تكون اليمين حقه دون العجز (قوله
خلافا لابي يوسف ومحمد) لان اليمين حقه بالحديث الذي مضى ذكره فله ذلك اذا طلبه عيني وأراد
بالحديث قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه حين سأل المدعي فقال ألك بينة فقال لا فقال عليه الصلاة
والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه
لكن ظاهر قول العيني لان اليمين حقه بالحديث الذي مضى ذكره انه ذكره هو وليس كذلك وانما ذكره

الزيلعي

الفتوى على انه يستحلف المنكر
في الاشياء الستة) فان قيل كيف
تكون هذه المسائل ستة وهي
سبعة قلنا امومية الولد تابعة لثبوت
النسب (و) يستحلف (السارق) فيما
اذا ادعى رجل على آخر انه سرق منه
كذا (فان نكل) عن اليمين (ضمن)
المسروق (ولم يقطع) يده (و) يستحلف
(الزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل
الوطء فان نكل ضمن نصف المهر)
والتقييد بقبل الوطء اتفاقي لان
الاستحلاف يجري في الطلاق مطلقا
(و) يستحلف (جاحد القود فان نكل
في) قتل (النفس) فلا قصاص
ولا دية ولكن (حبس حتى يقر
او يحلف وان) نكل (فيما دونه)
أي فيما دون النفس (يقتص) منه
هذا عند أبي حنيفة وعندهما يلزمه
الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص
(ولو قال المدعي لي بينة حاضرة)
في المصر (وطلب اليمين لم يستحلف)
خلافا لابي يوسف ومحمد

الزيلعي فكانت هذه الحوالة غير صحيحة فان قلت يحتمل انه عنى به ما ذكره هو من قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الخ وقوله عليه الصلاة والسلام لو اعطي الناس بدعواهم الخ قلت لا يصح اذ ليس في هذين الحديثين ما يفيد ان اليمين حقه لان ذلك انما استفيد من الحديث الآخر لاشتماله على لام التمليك ألا ترى الى قول الزيلعي فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك ولا وجود للام التمليك في غيره (قوله في رواية) أي عن محمد والحاصل كما في البحر انه اختلف النقل عن محمد فمنهم من ذكره مع أبي يوسف كالشارح والخصاف ومنهم من ذكره مع الامام كالطحاوي (قوله ولكن قيل لخصمه أعطه كفيلا الخ) هذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة او شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل زيلعي (قوله وهذا استحسان) نظر المدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى والقياس انه لا يلزمه التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة زيلعي وقوله حتى يعدى عليه أي حتى يعان المدعي على المدعى عليه شيخنا (قوله وقالا له استحلافه) لا حاجة اليه للاستغناء عنه بما سبق من قوله عقب قول المصنف لم يستحلف خلافا لابي يوسف ومحمد في رواية (قوله معروف الدار) ليس المراد مطلق المعرفة الشامل لما لو كانت بالكراء وهذا قال في البحر وفسره أي الثقة في البزازية بأن يكون له دار وحانوت ملكا له انتهى قال في الصغرى وينبغي ان يكون الفقيه ثقة بوظائفه بالاوقاف وان لم يكن له ملك في دار وحانوت لانه لا يتركها ويهرب وفسره في شرح المنظومة بأن يكون معروف الدار معروف التجارة ولا يكون لحوحا معروفا بالخصومة وان يكون من أهل المصر لا غريبا انتهى والحاصل ان المدار على الامن من الهروب (قوله والتقدير بثلاثة أيام الخ) وفي قضاء الصغرى تأقيت الكفالة بثلاثة أيام ونحوها ليس لاجل انه يبرأ الكفيل عنها بعد الوقت فان الكفيل الى شهر لا يبرأ بعد مضي الشهر بل لتوسعة الامر على الكفيل حتى لا يطالب الكفيل الا بعد مضي شهر لكن لو عجل الكفيل يصح وله ان يطلب وكيلا بالخصومة كما في البحر عن الكافي حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل وان أعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل لو كان المدعى دينا وان كان المدعى منقولا له ان يطلب منه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها وان كان عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب وصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما بحر واعلم انه ينبغي ان يشترط في الوكيل ما سبق في الكفيل من كونه ثقة معروف الدار وفي البحر عن الصغرى لو أبى اعطاء الوكيل بالخصومة لم يجبر اه ثم قال وفي الصغرى لو طلب وضع المنقول على يد عدل ولم يكتف بكفيل النفس فان كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي ولو كان فاسقا يجيبه وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي انتهى قال في البحر وظاهره ان الشجر من العقار وقدمنا خلافه وأقول نقل الحموي عن المقدسي التصريح بأن الشجر عقار (قوله بين الخامل والوجيه) تقول خمل الرجل خمولا من باب قعد فهو خامل أي ساقط النباهة لا حظ له شيخنا عن المصباح والوجيه ان يكون له حظ ورتبة اه (قوله وانما زدنا قولنا في المصر الخ) قال الحموي في القنية ما يخالفه (قوله لازمه المدعي) بنفسه أو أمينه در (قوله مسافرا) تفسير لغريبا بحذف اداة التفسير تسامحا حموي فالتقدير ولو كان غريبا أي مسافرا (قوله وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس) دفعا للضرر عنه حتى لو علم وقت سفره يكفل اليه وينظر في زيه ويستخبر رفقاءه أي عن سفره لو أنكره المدعي در عن البزازية (قوله واليمين بالله) لما روي عن ابن عمر انه عليه السلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله

في رواية (و) لكن (قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) وهذا استحسان وبه أخذ أبو حنيفة وقالا له استحلافه ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروف الدار والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعي والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة وهو الصحيح كذا في الكافي وفي النهاية وعن أبي يوسف انه يأخذ كفيلا الى جلوس القاضي مجلسا آخر وهو حسن وذكر في الفتاوى الخانية هو الصحيح وذكر شمس الأئمة الحلواني انه يفوض الى رأي القاضي ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد ان الخصم اذا كان معروفا والمال حقيرا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وانما قيد بقوله لي بينة حاضرة لانه لو قال لا بينة لي أو شهودي غيب يستحلف اتفاقا وانما زدنا قولنا في المصر لانه اذا أحضر البينة في المجلس لا يجوز الحكم باليمين حينئذ بالاتفاق (فان ابى المدعى عليه اعطاء الكفيل بنفسه (لازمه) المدعي (اي دار معه حيث سار) المدعى عليه حتى لا يغيب (ولو كان المدعى عليه (غريبا) مسافرا (لازمه قدر) اي مقدار (مجلس القاضي) وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس (واليمين) المعتبرة ان يحلف (بالله تعالى

أو ليصمت رواه البخارى ومسلم وأحمد وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائى عينى وعن ابن مسعود لان أحلف بالله كاذبا خير من ان احلف بغيره صادقا اتقانى وفى الخزانة واليمين بالله ذكر اسمه تعالى وهو ان يقول والله انتهى وظاهره انه لو حلفه بالرحمن أو الرحيم لا يكون يمينا قال فى البحر ولم أر مصرحا به ورده العلامة المقدسى على ما نقل عنه الحموى بأنه قصور لوجود النص على خلافه فقد ذكروا فى كتاب الايمان انه لو قال والرحمن أو الرحيم او القادر فكل ذلك يمين ويدل عليه قولهم فيما اذا غلظ بذكر الصفة يحترز عن الاتيان بالواو لئلا تتكرر اليمين ونصوا هنا فى تحليف الاخرس ان يقال له عهد الله عليك ولا فرق بينه وبين الصحيح بل صرح بهذا فى الصحيح وصحح فى روضة القضاة بأن الرحمن الرحيم وسائر أسماء الله تعالى تكون يمينا انتهى (تتمة) تحليف الاخرس ان يقول له القاضى عليك عهد الله وميثاقه ان كان كذا وكذا فاذا اومأ برأسه أى نعم صار حالفا ولو أصم أيضا كتب له ليجيب بخطه ان عرفه والا فباشارته ولو اعمى أيضا فابوه او وصيه أو من نصبه القاضى در عن شرح الوهبانية واذا استحلف الوصى ونحوه يستحلف على العلم وهذا يستثنى من قولهم الاستحلاف لا تجرى فيه النيابة (قوله لا بطلاق وعتاق) لان التحليف بهما حرام در عن الخانية بل فى القهستانى عن المضمرات اختلفوا فى كفره اذا قال حلفه بالطلاق فلو حلف بالطلاق انه لا مال عليه ثم برهن المدعى على المال ان شهدوا على السبب كالاقراض لا يفرق وان شهدوا على قيام الدين يفرق لان السبب لا يستلزم قيام الدين وقال محمد فى الشهادة على قيام المال لا يحنث لاحتمال صدقه خلافا لابى يوسف در عن شرح الوهبانية للشرنبلالى (قوله الا اذا ألح الخصم الخ) حكاه فى الهداية بقيل فظاهره أنه خارج عن ظاهر الرواية فما كان ينبغى للمؤلف ذكره فى المتن لانه موضوع لظاهر الرواية مع انه ضعيف أيضا لما فى الخلاصة والتحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه أكثر مشايخنا انتهى وفى التتارخانية الفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعتاق انتهى وفى منية المفتى وان مست اليه الضرورة يفتى ان الرأى فيه للقاضى بحر (قوله فحينئذ يحلف بهما) لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق حموى (قوله لا يقضى القاضى بالنكول) لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا زيلعى (قوله واذا قضى لا ينفذ قضاؤه) اعلم ان سياق كلام الشارح يقتضى ان عدم نفاذ القضاء حتى على القول بانه يجوز التحليف بالطلاق اذا ألح الخصم وهذا هو الظاهر أيضا من كلام الزيلعى ونصه وقال بعضهم يسوغ للقاضى ان يحلفه بهما اذا ألح الخصم لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ انتهى ويخالفه ظاهر ما فى الخزانة حيث قال فلو حلفه القاضى بطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ على قول الاكثر ولهذا قال فى البحر وظاهره أى ظاهر التقييد بالاكثر ان من قال بالتحليف بهما قال يقضى بنكوله لان التحليف بهما جاز النكول فيقضى به والا فلا فائدة الخ وفى الدر عن مصنف التنوير انه اعتمد ما فى البحر من انه يقضى بالنكول عن الحلف بالطلاق لكن نقل السيد الحموى عن العلامة المقدسى ما محصله ان فائدة التحليف بهما على القول بانه يجوز وان كان لا يقضى عليه بالنكول اطمئنان خاطر المدعى اذا حلف فربما كان مشتبها عليه الامر لنسيان ونحوه فاذا حلف له بهما صدقه انتهى (قوله وتغلظ بذكر أوصافه) لان منهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع عينى فلو غلظ فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله وقد حصل زيلعى (قوله بغير حرف العطف) تحرزا عن تعدد الايمان عليه مع العاطف لان المستحق يمين واحدة (قوله وله ان يزيد الخ) أى للقاضى لان الاختيار فى صفة التغليظ بالزيادة والنقصان الى القضاة بحر عن الخزانة (قوله الا انه يحتاط) أى عن العطف (قوله لا بزمان ومكان) لان فى التغليظ بالزمان تأخير حق المدعى فى اليمين الى ذلك الزمان قال العلامة المقدسى كذا فى المكان لان فيه التأخير الى الوصول الى ذلك المكان المغلظ به فلا يشرع كذا فى التبيين والكافى

لا) ان يحلف (بطلاق وعتاق الا اذا
ألح الخصم) فحينئذ يحلف بهما ومع
ذلك اذا نكل لا يقضى القاضى
بالنكول واذا قضى لا ينفذ قضاؤه
(وتغلظ) أى تؤكد اليمين (بذكر
أوصافه) مطلقا أى بذكر
أوصاف الله تعالى بغير حرف العطف
نحو قوله قل والله الذى لا اله الا هو
عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم
الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية
مالفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا
ولا شئ منه وله ان يزيد فى التغليظ
على هذا وله ان ينقص منه الا انه
يحتاط وقيل لا يغلظ على الرجل
المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره
وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون
الحقير (لا بزمان) أى لا يغلظ اليمين
على المسلم بزمان (ومكان) مطلقا

وظاهر

وظاهر الهداية ان المنفي وجوب التغليظ فيكون مشروعا وفي المحيط ما يدل على اباحته ولكن ذكر بعده انه لا يجوز التغليظ بالمكان حموي وبحر (قوله وقال الشافعي ان كان اليمين في قسامة الخ) وبه قال مالك وأحمد في رواية ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان أو الزمان زيادة على النص وهو نسخ عيني (قوله ويستحلف اليهودي الخ) قال في البدائع ولا يحلف بالاشارة الى مصحف معين بأن يقول بالله الذي أنزل هذا التوراة أو هذا الانجيل لانه ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة الى الحرف المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس من كلام الله شرنبلالية (قوله بالله الذي خلق النار) لانه يعظم النار فيؤكد عليه بذكرها القهستاني (قوله ويغلظ على كل واحد الخ) فلو حلف الكافر بالله ونكل عما ذكر هل يكتفي به أم لا قالت لم أر تصريحا وظاهر قولهم انه يغلظ به انه ليس بشرط فيكتفي بالله ولا يقضى عليه بالنكول عن الوصف المذكور بحر (قوله لا يحلف أحدا الا بالله) المراد أحد من أهل الكفر حموي (قوله خالصا) احترازا عن اشراك غيره بالتعظيم زيلعي (قوله وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي الخ) لان ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيم لها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة وظاهر ما في المحيط ان ما في الكتاب قول محمد وما ذكره الخصاف قولهما بحر وانظر ما اذا استحلف الدهري لانه لا يعتقد وجوده تعالى در (قوله أي معابدهم) وهي الكنائس والبيع لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع من ذلك بل كل مسلم ففي التتارخانية يكره للمسلم الدخول في البيعة والكنيسة لانهما مجمع الشياطين قال في البحر والظاهر انها تحريمية لانها المرادة عند الاطلاق وقد أفتيت بتعزير مسلم لازم الكنيسة مع اليهود (قوله على الحاصل) أي على صورة انكار المنكر وهو صورة دعوى المدعى بحر ودر وفي الخلاصة أي حاصل الدعوى وظاهر تعليل الزيلعي بأن المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفيها الا على نفي السبب ان الحاصل هو الحكم المرتب على السبب وهذا هو الظاهر بخلاف ما في البحر فانه انما يناسب ما روى عن أبي يوسف انه ان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل (قوله ونكاح قائم) اعلم ان ادخال النكاح في المسائل التي يحلف فيها على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد غفلة من صاحب الهداية وشراحها لان أبا حنيفة لا يقول بالتحليف في النكاح ولهذا قال الاسبيجابي انه يحلف في النكاح على قولهما على قوله ثم اختلفا فقال محمد يحلف على صورة انكار المنكر وقال أبو يوسف على صورة دعوى المدعى الا ان يقال ان أبا حنيفة فرع على قولهما وان كان لا يقول به بحر وأجاب المقدسي على ما نقل عنه الحموي بحمل كلام الهداية وشراحها على ما اذا كان مع النكاح دعوى المال انتهى (قوله وما يجب عليك رده) فيه قصور اذ لا يشمل الهالك فلو زاد أو بدله ليشمل المثل لو كان المغصوب مثليا أو قيمته لو كان قيميا لكان اولى وكذا في قوله ما هي بائن منك الآن لانه خاص بالبائن واما الرجعي فيحلف بالله ما هي طالق في النكاح الذي بينكما وفي دعوى الطلاق الثلاث يحلف بالله ما طلقها ثلاثا في النكاح الذي بينكما بحر عن السراج (قوله أي يحلف على الحاصل في هذه الصور) حتى اذا ادعى انه ابتاع من هذا عبدا بألف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله ما بعت فلعله باع ثم أقاله فلو حلف على نفي أصل السبب يكون كاذبا ولو لم يحلف يجب تسليم المبيع العائد الى ملكه بالاقالة لانه لو ادعى المعنى الطارئ لا يقبل منه فاذا حلف على الحاصل نظرنا في حق المدعي والمدعى عليه حقهما لعلمنا ان مقصود المدعي من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم [illegible] ابقاء حقهما كان أولى من ابقاء حق أحدهما واتواء حق الآخر والتقييد بقوله حتى يمكن ابقاء [illegible] الخ للاحتراز عما اذا انعكس فانه فيه يراعى جانب المدعي كما سيأتي عن العناية (قوله سواء [illegible]) أي أنكر المدعى عليه السبب أو الحكم حموي (قوله والاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب [illegible]) وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي زيلعي (قوله كالصور المذكورة) فان البيع يرتفع بالاقالة والغصب يرتفع بالرد والهبة والنكاح بالطلاق والخلع والطلاق

وقال الشافعي ان كان اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم [illegible] غلظ بالمكان كما بين الركن والمقام في مكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة وفي المسجد الجامع في غيرها من البلاد (ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى) عليه السلام (والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى) عليه السلام (والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله) ويغلظ على كل واحد بما يعتقد تعظيمه وعن أبي حنيفة انه لا يحلف أحد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا (ولا يحلفون في بيوت عبادتهم) أي معابدهم (ويحلف) المدعى عليه (على الحاصل لا على السبب أي بالله ما بينكما بيع قائم ونكاح قائم وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الآن) وقوله الآن يتعلق بالجميع (في دعوى البيع) أي والنكاح والغصب والطلاق) في هذه الصور يحلف على الحاصل هذا الكلام الخ زيلعي مطلقا ثم بين والاصل ان الدعوى على الترتيب اذا وقعت [illegible] بعد وقوعه [illegible]

بتجديد العقد اوالرجعة (قوله فان اليمين فيها تكون على الحاصل) الا اذا كان في التحليف على الحاصل ترك النظر في جانب المدعى فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع كما سيأتي المتن وهما دعوى الشفعة والنفقة شيخنا (قوله لا على السبب عندهما) فلا يحلف بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طروا رافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب زيلعي (قوله وعند أبي يوسف يحلف في الجميع على السبب) أى فيما يرتفع بعد وقوعه وما لا يرتفع لان اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمذهب في التحليف قولهما وهو ظاهر الرواية بحر عن خزانة المفتين (قوله أيها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقايله) هذا هو الصواب في بيان التعريض خلافا لما في العيني لان قوله وقع البيع ثم تقايلنا ليس بتعريض بل هو اقرار بالبيع فلا يقبل منه دعوى الاقالة (قوله فحينئذ يحلفه القاضي على الحاصل) لقائل ان يقول ينبغي ان يحلف على السبب دائما وان عرض المدعى عليه فلا اعتبار لذلك التعريض لان غاية ما في الباب انه وقع البيع ففي دعوى الاقالة يصير المدعى عليه مدعيا فيطالب بالبينة على الاقالة فان عجز فعلى المدعى اليمين حموى عن صدر الشريعة (قوله كالعبد المسلم) قيد بالعبد المسلم للاحتراز عن الامة ولو مسلمة وعن العبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم الالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف عند ارتداده كما في الزيلعي (قوله يحلف على السبب) بالله ما أعتقه لعدم الضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد العتق مسلما درر (قوله وكان المشترى والزوج) وفي نسخة أو الزوج لا يراهما وفي نسخة لا يراهما أى الشفعة ونفقة المبتوتة شلبي وظاهره جواز الافراد والتثنية في الضمير على كل من النسختين وليس كذلك بل النسخة التي وقع التعبير فيها بالواو يتعين فيها تثنية الضمير لوجوب المطابقة بين الضمير ومرجعه بخلاف النسخة التي وقع التعبير فيها باو فانها تحتمل كلا من الافراد والتثنية فيعود ضمير المفرد على واحد منهما لا بعينه اما الشفعة بالنظر لدعوى الشفيع او النفقة بالنظر لدعوى المبتوتة (قوله بان كان المشترى شافعي المذهب) فلو حلف على الحاصل بالله ماله عليك حق الشفعة يحلف ولا يحنث في معتقده لانه لا يرى الشفعة تستحق بالجوار فيفوت النظر في حق المدعى وقد استفيد منه انه لا اعتبار بمذهب المدعى عليه وأما مذهب المدعى ففيه اختلاف والظاهر ان اختلافهم في سماع القاضي الحنفي دعوى شافعي شفعة بالجوار فرع الاختلاف في ان العبرة لمذهب المدعى أو القاضي فمن قال العبرة لمذهب القاضي قال يسمعها ومن لا فلا فكذا ما قيل من ان القاضي يسأل هل يعتقد وجوبها يعني ان قال نعم سمعها والا فلا واستوجه في الدرر ان القاضي يسأله هل يعتقد وجوب شفعة الجوار قال واعتمده المصنف تبعا لما في البحر عن الصدر الشهيد حيث ذكر ان القول الاخير اوجه الاقاويل واحسنها (قوله أو الزوج كذلك) فلا يستحلف على الحاصل بالله مالها عليك حق النفقة من الوجه الذي تدعى لانه يحلف ولا يحنث في اعتقاده لانه لا يرى وجوب النفقة للمبتوتة فيفوت مراعاة النظر للمدعية فيحلف على السبب بالله ما هي معتدة (قوله يحلف على السبب) فان قيل بالحلف على السبب يتضرر المدعى عليه لجواز ان يكون قد اشترى وسلم الشفعة أو سكت عن الطلب وليس باولى بالضرر من المدعى أجيب بانه اولى بذلك لان القاضي لا يجد بدا من الحاق الضرر باحدهما والمدعى يدعي ما هو أصل لان الشراء اذا ثبت يثبت الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض عناية (قوله وانما قيد بالجوار وبالمبتوتة الخ) ففي دعوى الشفعة بالشركة ودعوى المطلقة رجعيا يستحلف على الحاصل عندهما وعند أبي يوسف على السبب الا اذا عرض كما سبق (قوله وعلى العلم لو ورث الخ) ولا يحلف على

فان اليمين فيها يكون على الحاصل لا على السبب عندهما وعند أبي يوسف يحلف في الجميع على السبب الا اذا قال المدعى عليه اذا عرض عليه القاضي اليمين ايها القاضي قد يبيع الانسان شيئا ثم يقايله فحينئذ يحلفه القاضي على الحاصل وعنه انه ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه انه ان أنكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب فان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه اكثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب اجماعا كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى يحلف على السبب (وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة و) كان (المشترى والزوج لا يراهما) أي لا يعتقد هذه الدعوى بان كان المشترى شافعي المذهب أو الزوج كذلك فحينئذ (يحلف على السبب) [illegible] [illegible] [illegible] عند الشافعي [illegible] وبالمتوتة لا [illegible] النفقة عنده [illegible] (و) يحلف (على العلم لو ورث عبدا) مثلا (فادعاه آخر) بان العبد له ولا بينة للمدعى

(وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) أى يحلف المنكر على القطع لا على العلم لو ملك العبد بالهبة والشراء (ولو افتدى المنكر بيمينه أو صالحه منها على شئ) أى لو ادعى عليه آخر مالا فانكر فاستحلف فافتدى يمينه بمال أو صالحه عن يمينه (صح) الافتداء والصلح

البتات لان الوارث لا يعلم ما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه زيلعى وهذا اذا تحقق الارث بعلم القاضى أو اقرار المدعى أو بينة المدعى عليه فان لم يتحقق كونه ميراثا حلف على البتات الخ القهستانى ولو قال المؤلف لو ادعى على الوارث عينا ودينا لكان أولى ليشمل دعوى الدين على الميت بحر وظاهره انه لا يشترط لتحليف وارث الدائن وصوله اليه وهو خلاف المختار قال القهستانى لا يحلف وارث الدائن قبل وصوله اليه والاول المختار عند الفقيه وقاضيخان (قوله وعلى البتات) وفى بعض كتب الفقه البت بدل البتات ولم أر فيما عندى من كتب اللغة ان البتات بمعنى القطع وانما ذكر فى القاموس ان البت بمعنى القطع وان البتات الزاد والجهاز ومتاع البيت والجمع ابتة ولم يذكره فى المصباح والمغرب بحر (قوله لو وهب له او اشتراه) لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب الملك وضعا وكذا الهبة ومراده وصوله بسبب اختيارى ولو كان غير الشراء أو الهبة وأشار الى ان التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم الا اذا ادعى مشترى العبد اباقه يحلف البائع على البتات مع انه فعل الغير لوجوب تسليمه سليما فرجع الى فعل نفسه وهذا اذا قال المنكر لا علم لى فلو ادعى العلم حلف على البتات كمودع ادعى قبض ربها وكيل ادعى قبض موكله الثمن بحر وليس المراد بالاباق الذى يدعيه المشترى الاباق الكائن عنده اذ لو أقر به البائع لا يلزمه شئ لان الاباق من العيوب التى لا بد فيها من المعاودة بان يثبت وجوده عند البائع ثم عند المشترى كلاهما فى صغره أو كبره على ما سبق فى محله (تتمة) ذكر فى الخلاصة لو قال ان لم يدخل فلان الدار اليوم فامرأته طالق ثم قال انه دخل يحلفه على البتات بالله انه دخل الدار اليوم انتهى مع انه فعل الغير لكونه ادعى علما به هكذا أجاب فى البحر مقتصرا عليه مع انه يمكن ان يجاب بتغير ما سبق بان يقال انما حلف على البتات وان كان الدخول فعل غيره لان عدم الدخول انما اثر فى الطلاق باعتبار صدور التعليق به ولا شك ان التعليق فعل نفسه ثم فى كل موضع وجب فيه اليمين على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وكل موضع وجب فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر حتى تسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر بخلاف العكس درر عن الزيلعى قال فى الشرنبلالية معزيا للسعدى شلبى وفيه بحث اما أولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين ليس كما ينبغى بل اللائق ان يقضى بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففى البتات اولى والجواب المنع لجواز ان يكون نكوله لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرر وأما ثانيا فلان قوله فيقضى عليه اذا نكل الخ محل تأمل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل انتهى وقال يعقوب باشا بعد نقله عن النهاية وفيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب اليمين على البتات شرنبلالية ووجه عدم الحكم بالنكول هو انه بعد هذا النكول يحتمل انه يحلف على العلم وفى هذا المقام كلام عزمى زاده فليراجع (قوله صح الافتداء والصلح) لما روى ان عثمان ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال انى أخاف ان يوافق قدر يمينى فيقال هذا بسبب اليمين الكاذبة كذا فى العينى تبعا للزيلعى وعزاه فى العناية الى الفوائد الظهيرية لكن بابدال قوله وانت صادق بقوله وانت صاحب حق ولانه اذا افتدى يمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وذكر الصدر الشهيد ان الاحتراز عن اليمين الصادقة واجب انتهى أى ثابت بدليل جواز الحلف صادقا بحر وقيل ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم ثم تقاضاه باربعة آلاف درهم فترافعا الى عمر فى خلافته فقال مقداد تحلف يا أمير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف درهم قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله فيكون دليلا للشافعى على جواز رد اليمين على المدعى والجواب انه كان يدعى الايفاء

على عثمان وبه نقول كذا فى العناية بقى ان يقال قوله فى العناية فيكون دليلا للشافعى رضى الله عنه على جواز رد اليمين على المدعى يقتضى ان رد اليمين ليس بلازم عند الشافعى بل جائز فقط حتى لو قضى على المدعى عليه بالنكول من غير رد اليمين على المدعى صح وليس كذلك عنده بل لابد من رد اليمين على المدعى ان حلف بعد نكول خصمه قضى له والا فلو ابدل الجواز باللزوم لكان صوابا (قوله ولم يحلف بعده) لانه اسقط حقه فى اليمين باخذ البدل حموى (قوله فانما يكون على مال هو أقل من المدعى غالبا) لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع كذا فى النهاية ومعراج الدراية وقوله وكلاهما مشروع يعنى الافتداء والصلح وأما اذا اشترى يمينه بمال لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقى حقه فى اليمين على حاله كما فى الزيلعى وهو ظاهر فى انه يرجع عليه بما دفعه اليه واعلم انه كما لا يبطل حقه فى اليمين بالشراء فكذا لو أسقط اليمين قصدا بان قال برئت من الحلف أو تركته عليه أو وهبته فلا يصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم درر عن البزازية وفيه معزيا الى الدرر استحلفه خصمه فقال حلفتنى مرة ان عند حاكم أو محكم وبرهن قبل والا فله تحليفه قال ولم أر ما لو قال انى قد حلفت بالطلاق انى لا احلف فيحرر انتهى و قول سبق عن العناية ان القاضى لا يحيد بدا من الحاق الضرر باحدهما فى الاستحلاف على الحاصل أو على السبب فراعاة جانب المدعى اولى فعلى هذا لا يعذر بدعواه الحلف بالطلاق ويقضى عليه بالنكول على ان ذلك يكون بالاولى لانه هو الذى الحق الضرر بنفسه باقدامه على الحلف بالطلاق

(باب التحالف)*

راعى الترتيب الطبيعى فاخر يمين الاثنين عن يمين الواحد ليناسب الوضع الطبيعى عناية (قوله اذا اختلفا الخ) أشار بهذا المزج الى ان اداة الشرط محذوفة من كلامه لكن صرح النحاة انه لا يحذف من ادوات الشرط الا ان خاصة لانها أم الباب وحينئذ كان على الشارح ان يقدرها دون اذا حموى (قوله فى قدر الثمن) فيه قصور اذ لا فرق فى الاختلاف بين ان يكون فى قدر الثمن او وصفه بان ادعى البائع انه بدراهم رائجة والمشترى بدراهم كاسدة او جنسه بان ادعى البائع انه بالدنانير والمشترى بالدراهم كما فى الدرر فلو حذف المصنف القدر واقتصر على قوله اختلفا فى الثمن ليعم الاختلاف فى القدر او الوصف او الجنس لكان اولى (قوله قضى لمن برهن) لانه نور دعواه بالحجة فيبقى فى جانب الآخر مجرد دعوى والبينة اقوى لانها تلزم الحكم على القاضى بخلاف الدعوى وفى البحر عن الصيرفية البرهان حجة وفى زيادة النفى واصلها قولان (قوله فثبتت الزيادة) لان البينات للاثبات ومثبت الاقل لا يعارض مثبت الاكثر (قوله بان ادعى البائع اكثر مما يدعيه المشترى الخ) بان قال البائع بعتك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشترى بعتنيها وهذه معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة البائع اولى فى الثمن وبينة المشترى اولى فى المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وهما جميعا للمشترى بمائة دينار قيل هذا قول ابى حنيفة آخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين دينارا عناية (قوله فبينة البائع اولى فى الثمن الخ) لان حجة البائع فى الثمن اكثر اثباتا وحجة المشترى فى المبيع اكثر اثباتا درر (قوله ولم يرضيا بدعوى احدهما) لو قال ولم يرض واحد منهما بدعوى صاحبه بدل قوله ولم يرضيا لكان اولى لان شرط التحالف عدم رضى واحد لا عدم رضى كل منهما بحر ورده المقدسى فليراجع (قوله تحالفا) مالم يكن فيه خيار لاحدهما قال فى الخلاصة اذا كان للمشترى خيار رؤية او عيب او شرط لا يتحالفان انتهى والبائع كالمشترى والمقصود ان من له الخيار يتمكن من الفسخ فلا حاجة الى التحالف ولكن ينبغى ان البائع اذا كان يدعى زيادة الثمن وانكره المشترى فان كان المشترى يمنع التحالف واما خيار البائع فلا وان كان

المشترى

(ولم يحلف بعده) ثم الافتداء قد يكون بمال مثل المدعى وقد يكون باقل منه واما الصلح عنه فانما يكون على مال هو أقل من المدعى غالبا كذا فى النهاية

(باب التحالف)

اذا (اختلفا فى قدر الثمن أو المبيع) بان ادعى المشترى ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى اكثر منه (قضى) الحاكم (لمن برهن وان برهنا فثبتت الزيادة) مطلقا سواء كان بائعا او مشتريا او كان الاختلاف فى الثمن والمبيع جميعا بان ادعى البائع اكثر مما يدعيه المشترى من الثمن وادعى المشترى أكثر مما يدعيه البائع من المبيع فحالة واحدة فبينة البائع اولى فى الثمن وبينة المشترى اولى فى المبيع (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا)

المشترى يدعى زيادة المبيع والبائع ينكره افان خيار البائع يمنعه لتمكنه من الفسخ واما خيار المشترى فلا هذا ما ظهر لى تخريجا لا نقلا بحر (قوله اى ان لم يكن لكل واحد منهما بينة) تفسير العجز عما ذكر يفهم منه انه لو كان لكل منهما بينة لكن غائبة عن المصر انه لا تحالف حموى (قوله قيل للمشترى الخ) لو قال بدل هذه الاطالة قيل لكل منهما اما ان ترضى بما قال صاحبك والا فسخنا البيع لكان اولى (قوله اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع) فيه قصر للمتن على بعض ما تناوله وهذا نقل عزمى عن صدر الشريعة ان قوله وان عجز يرجع الى الصور الثلاث اى ما اذا كان الاختلاف فى الثمن او فى المبيع او فيهما انتهى (قوله ويجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل الخ) لان المقصود قطع المنازعة وهذه جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان عناية وتأنيث اسم الاشارة من قوله وهذه جهة فيه باعتبار الخبر (قوله استحلف القاضى كل واحد) لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره والمشترى يدعى وجوب التسليم بما نقد والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلفان عناية وذكر الضمير فى قوله والمشترى ينكره مع ان المرجع مؤنث وهو الزيادة لاكتسابه التذكير من المضاف اليه ثم ان كان الاستحلاف قبل القبض فهو على وفق القياس اذ اليمين على من انكر بالحديث المشهور وكل منهما منكر اما بعد القبض فهو على خلاف القياس لان المشترى لا يدعى شيئا لان المبيع سالم له فى يده فبقى دعوى البائع فى زيادة الثمن والمشترى ينكره فكان القياس الاكتفاء بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال فى العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث مخالف للمشهور يعنى قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر ووجه المخالفة ظاهر لان حديث التحالف صريح فى وجوب اليمين عليهما معا ويعارضه المشهور الا ان يحمل المشهور على ما عدا اختلاف المتبايعين وهذا كله اذا كان الاختلاف فى البدل مقصودا فان كان فى ضمن شئ كاختلافهما فى الزق فلا تحالف والقول للمشترى فى انه الزق لانه اختلاف فى المقبوض والقول فيه للقابض ولم يذكر المؤلف حكم الاختلاف فى الوصف وفيه تفصيل فان كان فى وصف الثمن تحالفا وان كان فى وصف المبيع كما لو قال المشترى اشتريت هذا العبد على انه كاتب او خباز فقال البائع لم اشترط فالقول للبائع ولا تحالف بحر عن الظهيرية قال شيخنا وقد اقتصر صاحب الدرر على الاختلاف فى وصف الثمن (قوله وبدئ بيمين المشترى) لانه اشدهما انكارا لكونه اول من يطالب بالثمن فهو البادئ بالانكار وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم فى الانكار تقدم فى الذى يترتب عليه اولان فائدة النكول تتعجل بالبداءة وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تأخرت المطالبة بتسليم المبيع الى زمن استيفاء الثمن عناية (قوله وعن ابى يوسف انه يبدأ بيمين البائع) لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغى ان يكتفى بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما زيلعى (قوله وهذا اذا كان بيع عين الخ) يعنى الخلاف فى انه يبدأ بيمين المشترى او بيمين البائع مقيد بما اذا كان بيع عين بدين فان كان بيع عين بعين كان مقايضة او بيع دين بدين بان كان صرفا بدأ القاضى بيمين ايهما اراد اتفاقا كذا ذكره فى الاصل يعنى المبسوط وهو الاصح حموى وما فى العينى حيث قال بعد قول المتن وفى المقايضة وهى بيع الثمن بالثمن او السلعة بالسلعة ففيه تقديم وتأخير والصواب تقديم الصرف بأن يقال وفى المقايضة والصرف وهما بيع الثمن بالثمن الخ وصفا ثمن (قوله وبدئ بيمين المشترى) لانه اشدهما انكارا (قوله ولقد اشتراه بألف) بضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان على ذلك وضعت الا ترى انه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى ان اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى اشعارا بان الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشترى لان كلا منهما منكر (قوله فسخ القاضى بطلب احدهما وهو الصحيح) لانهما لما حلفا لم يثبت

أى ان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى اما ان ترضى بالثمن الذى ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشترى من المبيع والا فسخنا البيع ويجب ان لا يعجل القاضى بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما ما عساه يختاره فان لم يتراضيا استحلف القاضى كل واحد منهما على نفى دعوى الآخر (وبدئ بيمين المشترى) فى الصحيح وهو المروى عنهما وهو قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى وعن أبى يوسف انه يبدأ بيمين البائع وهذا اذا كان بيع عين بدين فان كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضى بيمين ايهما شاء وصفة التحالف ان يحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ويحلف البائع بالله ما باعه بالف كذا ذكره فى الاصل وفى الزيادات ويحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف (و) اذا تحالفا (فسخ القاضى) البيع

قوله وبدئ بيمين المشترى هذه القولة تقدمت فى محلها فى هذه الصفحة فلا معنى لاعادتها أصلا

ما ادعاه كل منهما فبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة وفرع عليه في المبسوط بقوله فلو وطئ المشترى الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ يحل لانها لم تخرج عن ملكه ما لم يفسخ القاضي درر وفسخ القاضي ليس بشرط حتى لو فسخاه انفسخ لان الحق لهما وظاهره ان فسخ احدهما لا يكفي وان اكتفى بطلبه بحر وحموى وقوله في الدرر لو وطئ المشترى الجارية الخ يفيد ان وطئه لا يمنع من ردها بعد الفسخ للتحالف بخلاف ما لو ظهر بها عيب قديم بعد الوطء حيث لا يملك ردها وانما يرجع بالنقصان الا اذا وطئ لاختبار بكارتها فوجدها ثيبا ونزع من ساعته ولم يلبث (قوله بطلب احدهما) فيفرق بين هذا واللعان وهو ان الزوجين اذا تلاعنا فالقاضي يفرق بينهما طلبا التفريق او لم يطلباه لان حرمة المحل قد ثبتت شرعا للعان على ما قاله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا وهذه الحرمة حق الشرع واما العقد وفسخه فحقهما بدليل قوله عليه السلام تحالفا وترادا (قوله وقيل ينفسخ بنفس التحالف) فلا يحل وطء المشترى الامة بعد التحالف قبل الفسخ (قوله وان اختلفا في الاجل) أى في اصله او في قدره لا يتحالفان والقول قول البائع وقال زفر والشافعي رضى الله عنهما يتحالفان لان الاجل جار مجرى الوصف فان الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف فكذا هذا ولنا انه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف ورد فيه النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ذلك فلم يكن في معنى المنصوص حتى يلحق به وصار كالاختلاف في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الجودة والرداءة حيث يكون الاختلاف فيهما كالاختلاف في قدره في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن لكونه دينا وهو يعرف بالوصف بخلاف الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه والوصف لا يفارق الموصوف فهو اصل بنفسه لكنه يثبت بعارض الشرط والقول في العوارض للمنكر ولو اختلفا في مضى الاجل فالقول للمشترى لان الاجل حقه وهو ينكر استيفاءه عناية (قوله او في شرط الخيار) لانه اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به لانه بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد فقد جزموا هنا بان القول لمنكر الخيار وذكروا في خيار الشرط فيه قولين والمذهب ما ذكروه هنا لانه لا تعلق للخيار هنا بالصحة والفساد فكان القول لنافيه بخلاف الاجل في السلم اذا اختلفا فيه حيث يكون القول لمثبته عند الامام لانه شرط لصحة السلم فكان الظاهر شاهدا له وبخلاف ما لو اختلفا في مقدار الاجل في السلم فانهما يتحالفان بحر عن النهاية كذا الاختلاف في شرط الرهن او شرط الضمان او العهدة بالمال فلا تحالف والقول للمنكر بحر ايضا عن المعراج (قوله او في قبض بعض الخ) ليس قيدا اذ الاختلاف في قبض كله كذلك وهو قبول قول البائع بحر والى هذا اشار الشارح بقوله او في اصل الثمن اى اختلفا في قبض كل الثمن شيخنا (قوله او في مكان دفع فيه المسلم فيه) لانه اختلاف في غير المبيع والثمن فاشبه الاختلاف في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الثمن او جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر درر (قوله او ان اختلفا في قدر الثمن) بعد هلاك المبيع لم يتحالفا اعلم ان عدم التحالف مقيد بما اذا كان الثمن الذى اختلفا في قدره دينا ثابتا في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فاما اذا كان عينا بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين فانهما يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتوفر فائدة الفسخ وهو التراد ثم يرد مثل الهالك ان كان مثليا أو قيمته ان لم يكن كما لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بأن قال احدهما دراهم والآخر دنانير تحالفا ولزم المشترى رد القيمة در عن السراج (قوله لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه عندهما) لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا شرط قيام السلعة ومثل الهلاك خروجه عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب كما في العناية الا اذا استهلكه في يد البائع غير المشترى در (قوله وعند محمد والشافعي يتحالفان) لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام

السلعة

(بطلب أحدهما) وهو الصحيح وقيل ينفسخ بنفس التحالف (ومن نكل منهما) عن اليمين (لزمه دعوى الآخر) وان اختلفا في الأجل) أى في أجل الثمن (لم يتحالفا) وقال زفر والشافعي يتحالفان في اختلاف الأجل (أو في شرط الخيار أو في قبض بعض الثمن) أو في أصل الثمن أو في مكان دفع فيه المسلم فيه (أو) ان اختلفا في قدر الثمن (بعد هلاك المبيع) لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه عندهما وعند محمد والشافعي يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك

السلعة ولا يعارضه ما فى الحديث الآخر من قوله والسلعة قائمة لانه مذكور على سبيل التنبيه اى تحالفا وان كانت السلعة قائمة فان عند ذلك يتميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة ولا كذلك بعد الهلاك فاذا جرى التحالف مع امكان التمييز فعدمه بالاولى وللامام الاعظم وابى يوسف ما سبق من الحديث الآخر وما روى من المطلق يحمل عليه ولفظ الترادفيه يدل عليه كما ذكره الزيلعى أى لفظ التراد فى الحديث المطلق يدل على انه محمول على الحديث المقيد بقيام السلعة لان التراد يكون فى القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان ازاوى لهما عنه عليه الصلاة والسلام واحدا بالاجماع وهذان الحديثان يرويهما ابن مسعود عنه عليه الصلاة والسلام فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا ولا معنى لما قيل انه مذكور على سبيل التنبيه لانه ليس بمعنى مقصود بل هو كالتأكيد والتأسيس اولى على انه اما معطوف على الشرط او حال فيكون مذكورا على سبيل الشرط كما فى العناية والتأسيس عبارة عن افادة معنى لم يكن حاصلا قبله فهو خير من التأكيد لان حمل الكلام على الافادة خير من حمله على الاعادة شيخنا (قوله أو بعضه) يعنى اذا اختلفا بعد هلاك بعض المبيع او خروج البعض عن ملكه لا تحالف أيضا عند الامام قال الزيلعى هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد احدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع (قوله لم يتحالفا عند أبى حنيفة) لتعذر الفسخ فى الهالك لانه عقد واحد ولان هلاك السلعة مانع من التحالف كما سبق فكذا هلاك بعضها عند الامام اذ السلعة اسم لجميع اجزائها والجميع لا يبقى بفوات البعض (قوله الا ان يرضى البائع أن يترك حصة الهالك) الى قوله وفى الجامع الصغير القول قول المشترى الا ان يشاء البائع الخ اعلم ان المشايخ اختلفوا فى توجيه قوله الا ان يترك حصة الهالك وقوله ان يأخذ الحى ولا شئ له وفى مصرف الاستثناء فى الروايتين جميعا قالوا معنى الاول ان يخرج الهالك من العقد فكأنه لم يكن وصار الثمن كله بمقابلة القائم والاستثناء ينصرف الى التحالف لانه المذكور فى الكلام أى كلام القدورى فكان تقدير كلامه لم يتحالفا الا اذا ترك البائع حصة الهالك فيتحالفان والمراد من قوله فى الجامع الصغير يأخذ الحى ولا شئ له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وعلى هذا عامتهم فالاختلاف على هذا فى هاتين الروايتين يكون فى اللفظ على ما لا يخفى وقال بعضهم معناه لم يتحالفا والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يرضى البائع ان يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئا آخر زائدا على ما أقر به المشترى وعلى هذا ينصرف الاستثناء الى يمين المشترى لا الى التحالف لانه لما أخذ البائع بقول المشترى وصدقه لا يحلف المشترى قال فى العناية وكلام المصنف يشير الى ان أخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقل صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لانه لو كان بطريق الصلح لكان متعلقا بمشيئتهما قيل والصحيح هو الثانى لان البائع لا يترك من ثمن الميت شيئا مما اقر به المشترى انما يترك دعوى الزيادة انتهى (قوله وفى الجامع الصغير الخ) فى التبيين الاظهر الاول وهو انصراف الاستثناء الى نفى التحالف لا الى يمين المشترى ونسبه فى العناية الى العامة كما سبق (قوله الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له) وعليه فالاستثناء ينصرف الى يمين المشترى لا الى التحالف وقدمنا عن العناية حكاية تصحيحه بقيل وعليه فقد اختلف الترجيح (قوله وقال أبو يوسف يتحالفان فى الحى) بأن يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع والبائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان حلفا يفسخان العقد فى القائم وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به المشترى فانه يقسم على قيمتهما وقت القبض فما أصاب الحى سقط وما اصاب الهالك لزم المشترى (قوله ويفسخ العقد فى الحى الخ) لان امتناع التحالف للهالك فيتقدر بقدره عينى (قوله وقال محمد يتحالفان عليهما) أى على الهالك والقائم لان هلاك كل السلعة غير مانع من التحالف عنده فهلاك البعض اولى بعدم المنع (قوله قيمته يوم القبض) وقد طواب بوجه تعين قيمة

(أو بعضه) أى ان اشترى عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم مات احدهما واختلفا فى قدر الثمن فقال المشترى اشتريتهما بالف وقال البائع اشتريتهما بالفين لم يتحالفا عند أبى حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة الا ان يشاء البائع ان يأخذ الحى ولا شئ له وقال ابو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك قيمته يوم القبض

الهالك يوم القبض دون القيمة يوم العقد والمبيع تعتبر قيمته يوم العقد فى حق انقسام الثمن دل على ذلك
مسائل الزيادات قال محمد قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام
صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودا فوجب
اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض وأجيب بأن الاصل فيما هلك وكان مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته
يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فتعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما انفسخ العقد وهو
مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ
العقد فى القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا فى الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى
وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالجهتين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ
وبانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ والقول للمشترى فى قيمة الهالك والبينة بينة البائع
خلافا لما ذكره الفقيه حيث جعل القول قول البائع والبينة بينته ايضا لان ذلك خلاف المعهود اذ البائع
اما ان يكون مدعيا ومدعى عليه فان كان الاول فعليه البينة وان كان الثانى فعليه اليمين اذا انكر فالجمع
بينهما جمع بين المتنافيين كما فى العناية (قوله أوفى بدل الكتابة) لان التحالف يكون فى المعاوضات عند
تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم درر (قوله والقول قول العبد مع يمينه) لانكاره
الزيادة وان أقاما البينة فبينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق
ولا يمتنع وجوب بدل الكتابة بعد عتقه كما لو كاتبه على الف على انه ان ادى خمسمائة عتق وكما لو استحق
البدل بعد الاداء بحر وزيلعى (قوله يتحالفان وتفسخ الكتابة) لانها عقد معاوضة يقبل الفسخ عينى
(قوله بعد اقالة السلم) لانها ليست ببيع بل هى ابطال من وجه فان رب السلم لا تملك المسلم فيه بالاقالة
بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفان واعتبر حقيقة الدعوى والانكار والمسلم اليه هو المنكر
فكان القول قوله ولا يعود السلم لان الساقط لا يعود واعلم ان التقييد بقوله بعد اقالة السلم مفهومه
انهما لو اختلفا قبل الاقالة تحالفا وتقدم فى كلام المصنف اول مسئلة من باب التحالف كذا ذكره شيخنا
وأراد بها قول المصنف اختلفا فى قدر الثمن لانه شامل لرأس المال فى السلم كما لا يخفى (قوله تحالفا
ويعود البيع) حتى يكون حق البائع فى الثمن وحق المشترى فى المبيع كما كان قبل الاقالة لان التحالف
قبل القبض موافق للقياس لما ان كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة ولا بد من الفسخ
منهما او من القاضى زيلعى وعناية (قوله ولو قبض البائع الاول) لا محل لذكر الاول فالاولى حذفه شيخنا
(قوله خلافا لمحمد) لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا وهما قالا كان ينبغى ان لا تحالف مطلقا
لانه انما ثبت فى البيع المطلق بالنسبة والاقالة فسخ فى حقهما الا انه قبل القبض على وفق القياس
فوجب القياس عليه كما قسنا الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين
فيما اذا استهلكه فى يد البائع غير المشترى بحر (قوله وان برهنا فللمرأة) هذا اذا كان مهر المثل يشهد
للزوج بان كان مثل ما يدعى الزوج أو اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر
فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو اكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت
الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان
أقل مما ادعته المرأة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما يتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها
تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما اولى من الاخرى زيلعى وما فى الشرنبلالية من قوله
عقب قول الدرر وان لم يشهد أى مهر المثل لهما تهاترا الا يعلم منه ماذا يجب لها ولعله مهر المثل كما اذا عجزا
وتحالفا وكان مهر مثلها بين قوليهما اه مبناه عدم وقوفه على ما جزم به فى التنوير من وجوب مهر
المثل والتهاتر من الهتر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه عناية (قوله تحالفا) وايهما نكل
لزمه دعوى الآخر لانه صار مقرا بما يدعيه خصمه او باذلا درر وجه تقديم التحالف على التحكيم وهو قول

(أوفى بدل الكتابة) أى لو اختلف
المولى والمكاتب فى قدر بدل الكتابة
لم يتحالفا والقول قول العبد مع يمينه
عند أبى حنيفة وعندهما وعند
الشافعى يتحالفان وتفسخ الكتابة
(أو) ان اختلف رب السلم والمسلم اليه
(فى) قدر (رأس المال بعد اقالة
السلم) فقال رب السلم رأس المال
عشرة وقال المسلم اليه خمسة (لم يتحالفا
والقول للمنكر مع يمينه) قوله لم يتحالفا
الى آخره جواب الشرط ومتعلق
بالجميع (ولو) اشترى امة بألف درهم
وقبضها ثم تقايلا البيع حال قيام
الامة ثم (اختلفا فى مقدار الثمن بعد
الاقالة) قبل ان يقبض البائع الامة
بحكم الاقالة (تحالفا) ويعود البيع
الاول ولو قبض البائع الاول الامة
بحكم الاقالة يجب ان لا يتحالفا ويكون
القول للمنكر خلافا لمحمد (ولو اختلفا
فى المهر قضى ان برهن وان برهنا
فللمرأة) أى قضى لها (وان عجزا)
عن اقامة البينة (تحالفا)

الكرخي ان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها أي التسمية بالتحالف فلهذا يقدم اي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو اكثر منه أو كان بينهما فهي خمسة وجوه وأما في قول الرازي فلا تحالف الا في وجه واحد وهو اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما وفيما عداه فالقول قوله بيمينه اذا كان مهر المثل مثل ما يقوله او أقل وقولها مع يمينها اذا كان مثل ما ادعته أو اكثر عناية (قوله عند أبي حنيفة) وعند أبي يوسف لا يتحالفان والقول قول الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشئ مستنكر وقد بيناه في النكاح زيلعي (قوله ولكن لم يفسخ النكاح) لان يمين كل منهما تبطل ما يدعيه صاحبه من التسمية فبقي العقد بلا تسمية وهو لا يفسد النكاح اذ المهر تابع فيه لان الفسخ في البيع بعد التحالف انما كان لبقاء العقد بلا بدل والنكاح ليس كذلك لان له موجبا أصليا يصار اليه عند انعدام التسمية (قوله بل يحكم مهر المثل) لقائل ان يقول ما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا محظور فيه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما عناية (قوله فقد ذكر التحالف اولا الخ) ظاهر قصر الخلاف بين الرازي والكرخي على ما ذكر وليس كذلك لان الخلاف في شيئين الاول ما ذكره والثاني ان التحالف في الوجوه الخمسة عند الكرخي وعند الرازي في وجه واحد كما سبق عن العناية وكلام الشارح لا يستفاد منه ذلك (قوله الاصح قول الكرخي) اعلم ان شراح الهداية اختلفوا في الترجيح فمنهم من صحح قول الكرخي كالشارح ومنهم من ذكر ان قول الرازي هو الاصح كصاحب النهاية معللا بقوله لان تحكيم مهر المثل ليس لايجاب مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر بيمينه قال في العناية وذكر في بعض الشروح ان قول الكرخي هو الصحيح لان وجود التسمية يمنع المصير الى مهر المثل وهي موجودة باتفاقهما وأقول ان ارادوا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قاله صاحب النهاية لان التسمية تمنع المصير الى مهر المثل لايجابه وأما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى (قوله ولو اختلفا في الاجارة الخ) وجه التحالف ان الاجارة قبل قبض المنفعة كالبيع قبل قبض المبيع في كون كل من المتعاقدين يدعي على الآخر وهو ينكر وكون كل من العقدين معاوضة يجري فيها الفسخ فألحقت به واعترض بان قيام المعقود عليه شرط لصحة التحالف والمنفعة معدومة وأجيب بان الدار مثلا اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكأنها قائمة تقديرا درر (قوله فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر) لانه منكر وجوب الزيادة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الآجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الآجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على قبض الاجرة عناية (قوله أي بعد استيفاء المنفعة) اعلم ان المراد بالاستيفاء التمكين منه في المدة وبعدمه عدمه لما عرف انه قائم مقامه في وجوب الاجر بحر فلو ابدل المصنف قوله قبل الاستيفاء بقوله قبل التمكن من الاستيفاء لكان اولى واشار في البحر بقوله في وجوب الاجر الى الاحتراز عن الاجارة الفاسدة فان اجر المثل انما يجب بحقيقة الاستيفاء لا بمجرد التمكن على ما سيأتي (قوله لا يتحالفان) وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على أصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لان له قيمة تقوم مقامه والمنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد ولا عقد (قوله والقول للمستأجر مع يمينه) فيما مضى أو في المنافع المقبوضة كلا او بعضا قهستاني لان جريان التحالف لاجل الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها ذريقي ان يقال ما ذكر المصنف من ان القول للمستأجر يعني لانه المنكر كما في الزيلعي ظاهر اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان الاختلاف في المدة كان

عند أبي حنيفة (و) لكن (لم يفسخ النكاح) بعده (بل يحكم مهر المثل) فقضى بقوله لو كان) مهر المثل منه (كما قال) الزوج (أو أقل) منه (و) قضى (بقولها لو كان) مهر المثل (كما قالت) المرأة (أو أكثر) منه (و) قضى (به) أي بمهر المثل (لو) كان (بينهما) أي بين قوليهما بان كان أكثر مما قاله وأقل مما قالته فقد ذكر التحالف أولا ثم التحكيم وهو قول الكرخي وعند الرازي يحكم مهر المثل ثم يتحالفان وقال شمس الأئمة السرخسي الاصح قول الكرخي (ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء) أي استيفاء المنفعة (تحالفا) وتفاسخا العقد مطلقا سواء اختلفا في البدل أي الاجرة أو المبدل أي المنفعة أو فيهما بان قال المؤجر أجرت سنة بمائتين وقال المستأجر بمائة أو ادعى المؤجر اجارته سنة بمائة وقال المستأجر سنتين بمائة تحالفا وترادا فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستأجر وان وقع في المنفعة بدئ بيمين المؤجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة تقبل بينته ولو أقاماها فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر اولى وان اختلفا فيهما معا كما اذا قال المؤجر اجرت سنة بمائتين وقال المستأجر لا بل أجرت سنتين بمائة واقاما البينة يثبت في سنتين بمائتين (و) ان اختلفا (بعده) أي بعد استيفاء المنفعة (لا) يتحالفان (والقول للمستأجر) مع يمينه (والبعض معتبر بالكل) يعني اذا اختلفا بعد استيفاء بعض المنفعة

ادعى المستاجر بعد الاستيفاء مدة اكثر مما ادعاه المؤجر لا يكون القول للمستأجر بل للمؤجر وكأنهم تركوا التنبيه على ذلك لظهوره (قوله تحالفا وفسخا العقد فيما بقي) وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على أصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه يتقدر بقدر الباقي عنده فكذا هنا وهما خالفا أصلهما في المبيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل من ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شئ والفرق لابي حنيفة ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي التعذر فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمنع التحالف فيه عنده لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البائع زيلعي (قوله سواء كان حال قيام النكاح الخ) وكذا لا فرق بين المسلمين والمسلم مع الذمية وشمل اطلاقه أيضا المملوكين والمكاتبين كما في البدائع والزوجين الكبيرين والصغيرين اذا كان الصغير يجامع كما في خزانة الاكمل وأما اذا كان احدهما حرا والآخر مملوكا فسيأتي وشمل ما اذا كان البيت ملكا لهما او لاحدهما بحر (قوله فالقول لكل منهما فيما صلح له) محمول على ما اذا ادعى الملك المطلق فلو ادعى احدهما تلقي الملك من الآخر بشراء أو هبة لا يقبل قوله بمجرده بل لا بد من بينة يقيمها شيخنا وما في التنوير من انه اذا اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما صلح له مع يمينه استثنى منه في الدر عن الدرر ما اذا كان كل منهما يفعل أو يبيع ما يصلح للآخر فالقول له لتعارض الظاهرين انتهى واعلم ان في التعليل بتعارض الظاهرين تأملا لانه حيث استويا في القوة لا يصلح ان يكون تعارضهما حينئذ مرجحا لاحدهما هكذا توقفت برهة ثم راجعت عبارة الدرر فلم أجد فيها التعليل المذكور ومع هذا ذكر في الشرنبلالية ان ما ذكره في الدرر ليس على ظاهره لان المرأة اذا كانت تبيع ما يصلح للرجال أو ما يصلح لهما فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لذي اليد بخلاف ما يختص بها لانه عارض يد الزوج أقوى منه وهو الاختصاص بالاستعمال انتهى معزيا للعناية واعلم ان التقييد بمتاع البيت للاحتراز عن نفس البيت فان القول فيه للزوج الا ان يكون لها بينة كما في الدر عن البحر واعلم ان المراد متاع بيت يسكنان فيه فلو اختلفا في متاع بيت خاص للزوج لا تسكن المرأة فيه فهو للزوج بالاتفاق ولو اختلفا في متاع بيت خاص بالمرأة لا يسكن فيه الزوج فهو للمرأة اتفاقا حموي عن المفتاح (فرع) التقطا سنابل أو حشيشا فهو بينهما قهستاني بتصرف (قوله وما يصلح للنساء الخ) في البحر عن البدائع هذا اذا لم تقل المرأة ان هذا المتاع اشتراه فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك لزوجها ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة انتهى وكذا اذا ادعت انها اشترته منه كما في البحر أيضا عن الخانية قال ولا يخفى انه اذا برهن على شرائه كان كاقرارها بشرائه منه فلا بد من بينة على الانتقال اليها منه بهبة ونحو ذلك ولا يكون استمتاعها بمشريه ورضاه بذلك دليلا على انه ملكها ذلك قال في البحر وقد افتيت به مرارا (قوله وله فيما صلح لهما كالفرش الخ) لان المرأة وما في يدها في يد الزوج واذا تنازع اثنان في شئ وهو في يد احدهما كان القول له كذا هنا بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهرا آخر اظهر من اليد وهو يد الاستعمال فجعل القول لها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى درر ولو أقاما بينة يعني في المشكل يقضى ببينتها لانها خارجة تنوير وشرحه عن الخانية بقي ان يقال لو أبدل المصنف هذه العبارة بقوله وان اختلف الزوجان في متاع البيت فلها ما صلح لها وله ما صلح له أو لهما كما في متن النقاية لكان اخصر (قوله فللحي منهما) أيهما كان اذ لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض وهو باطلاقه شامل لما اذا كانت المرأة ماتت ليلة الزفاف وهو خلاف المتعارف بحر عن خزانة الاكمل واعلم ان الاب لو ادعى بعد موت ابنته ان الجهاز كان عارية والزوج انه كان ملكا فالقول للاب على المختار الا اذا شهد العرف بدفع الجهاز

تحالفا وفسخا العقد فيما بقي والقول للمستأجر فيما مضى مع اليمين (وان اختلف الزوجان في متاع البيت) مطلقا سواء كان حال قيام النكاح أو بعد فسخ النكاح وكل واحد منهما يدعي انه له (فالقول لكل منهما فيما صلح) له فما صلح للرجل كالعمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو له مع يمينه وما يصلح للنساء كالخمار والدرع والسوار والملحفة والملاءة ونحوها فهو لها مع يمينها الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول لها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول له في ذلك (وله) أي القول قول الرجل مع يمينه (فيما صلح لهما) كالفرش والاواني والامتعة والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود هذا اذا كانا حيين (فان مات احدهما) واختلف ورثته مع الآخر فالجواب في غير المشكل على ما مر واما فيما يصلح لهما (فللحي) منهما ايهما كان وهذا الذي ذكرنا قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف

ملكا

ملا كالقهستانى عن الخزانة (قوله يدفع الى المرأة الخ) لانها تأتى بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض فى الباقى فيعتبر زيلعى قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما اذا طلقها فى المرض ومات الزوج بعد انقضاء العدة وكان المشكل لوارث الزوج لانها صارت أجنبية لم يبق لها يد وان مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة فى قول أبى حنيفة لانها ترث فلم تكن اجنبية فكان هذا بمنزلة مالو مات الزوج قبل الطلاق بحر عن الخانية ومنه يعلم ان ما نقله بعضهم عن الهداية من ان الطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم انتهى ليس على اطلاقه (قوله وقال محمد الى ان قال وما صلح لهما فله اولورثته) ولو كان بعد موتهما فالمشكل لورثة الزوج اتفاقا فمحل الخلاف ما اذا مات أحدهما شيخنا (قوله وقال مالك والشافعى وزفر) يعنى فى رواية عن زفر ولهذا قال الزيلعى وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعى لانهما استويا فى سبب الاستحقاق اذهما ساكنان فى بيت واحد والبيت مع ما فيه فى أيديهما ولا معتبر بالشبه فى الخصومات ألا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا فى آلة الاساكفة او آلة العطارين وهى فى أيديهما يقضى بها بينهما نصفين ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحا انتهى فان قلت ما المانع من جعل الضمير فى قوله هو بينهما للمشكل فيكون قول الشارح وقال مالك والشافعى وزفر جاريا على ظاهره بناء على ان المراد من قوله وزفر أى وقال زفر فيوافق ما ذكره الزيلعى حيث قال وقال زفر المشكل بينهما نصفان والباقى مثل ما قال ابو حنيفة انتهى قلت المانع ظاهر وهو ما حكاه الشارح من موافقة مالك والشافعى لزفر اذ لم يوافقاه على التفرقة التى قال بها زفر بين المشكل وغيره وانما وافقاه على ما روى عنه من ان المتاع كله بينهما ومن هنا تعلم ان ما ذكره بعضهم معزيا للزيلعى حيث قال وعن زفر ان الذى يقسم بينهما هو المشكل فقط والباقى مثل ما قال ابو حنيفة انتهى فيه تأمل (قوله وقال ابن أبى ليلى الخ) لان المرأة فى يد الزوج فما فى البيت أيضا يكون فى يده وان كان البيت لها الا ترى أنه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا فى متاع البيت فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا زيلعى (قوله وقال الحسن البصرى الخ) قال الزيلعى وهذه هى السبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة انتهى وذكر فى الدرر عن الخانية انه عد تسعة أقوال (قوله فللحر فى الحياة) لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك تبيين (قوله وقالا المأذون والمكاتب كالحر) لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ فى أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية فى سائر الخصومات فكذلك فى متاع البيت والجواب ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر فى السكنى أصل دون المملوك فلا تعارض بينهما عناية (قوله وللحى فى الموت) أى الكل له اذا اختلفا بعد الموت كما فى عامة شروح الجامع وذكر السرخسى انه سهو والصواب انه للحر مطلقا قال القهستانى وقوله الكل مشير الى وقوع الاختلاف فى مطلق المتاع على ما ذكره فخر الاسلام كما فى المستصفى لكن فى الحقائق بما اذا كان الاختلاف فى الامتعة المشكلة انتهى بتصرف (قوله المتاع له مطلقا) أى للحى مطلقا لانه لا يد لميت فخلت يد الحى عن المعارض وقوله مطلقا أى حرا كان أو مملوكا لان موت أحدهما شامل لما اذا مات المملوك وبقى الحر او بالعكس بان مات الحر وبقى المملوك ومنه يعلم ان جعل الضمير للملوك وتفسير الاطلاق بالمحجور والمأذون والمكاتب كما ذكره السيد الحموى غير مناسب لما يلزم عليه من قصر كلام المصنف على بعض افراده (قوله للحر فيهما) أى فى الحياة والموت حموى

(فصل فيمن يكون خصما ومن لا يكون) أخر ذكر من لا يكون خصما عمن يكون خصما لان معرفة الامكان قبل معرفة الاعدام فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما أيضا قلت

يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به
مثلها والباقى للزوج مع يمينه أو لورثته
وقال محمد ما يصلح له فله أو لورثته
وما صلح لها فلها أو لورثتها وما صلح
لهما فله أو لورثته وقال مالك والشافعى
وزفر هو بينهما وقال ابن أبى ليلى
الكل للرجل وله ثياب بدنها وقال
الحسن البصرى الكل لها وله ثياب
بدنه هذا اذا كانا حرين (و) اما
(لو) كان (احدهما مملوكا فللحر فى
الحياة) مطلقا سواء كان المملوك
محجورا او مأذونا أو مكاتبا وقالا
المأذون والمكاتب كالحر (وللحى
فى الموت) أى فيما اذا مات احدهما
المتاع له مطلقا وفى رواية محمد
والزعفرانى للحر فيهما
(فصل) فيمن يكون خصما
وفيمن لا يكون او (قال المدعى عليه)

نعم من حيث الفرق لا من حيث القصد عناية (قوله في جواب من ادعى عينا في يده) أي في يد المدعى
عليه أي ادعى ملكا مطلقا للاحتراز عما سيأتي آخر الفصل انه لو ادعى شراءه من فلان الغائب وقال
ذو اليد اودعنيه فلان الغائب فانها تندفع بلا بينة اتفاقا فمحل الخلاف اذا ادعاه المدعى ملكا مطلقا شيخنا
ثم اعلم انه لا فرق في قبول الدفع بعد الدعوى بين ان يكون قبل اقامة البينة او بعدها وانما الخلاف في ان
الدفع هل يقبل قبل القضاء و بعده فقيل انما يقبل قبل القضاء لا بعده و جرى عليه في الخزانة والفصول
وتبعهما في البحر وقيل يقبل مطلقا وعليه جرى في الاشباه وأما ما ذكره في البحر من قوله ولم يذكر يعني
المصنف برهان المدعى ولا بد منه لما عرف من ان الخارج هو المطالب بالبرهان ولا يحتاج المدعى عليه الى
الدفع قبله وحاصله ان المدعى لما ادعى الملك المطلق فيما في يد المدعى عليه فأنكره فطلب من المدعى البينة
فاقامها فلم يقض القاضي حتى دفعه المدعى عليه بما ذكر وبرهن على الدفع ففيه نظر لانه لم يشترط احد
من أئمتنا لقبول الدفع اقامة المدعى البينة فقوله ولا بد منه غير مسلم لانه لم يستند فيه الى نقل سوى قوله
لما عرف من ان الخارج هو المطالب بالبرهان اذ لا يستفاد منه ما ذكر وكذا قوله ولا يحتاج الى الدفع
قبله مسلم من حيث ان الاضطرار الى الدفع انما يكون بعد اقامة البينة لكن لا ينافي صحة الدفع قبله
وان كان غير مضطر اليه فكما يمتنع على القاضي القضاء بالبينة بعد الدفع فكذا يمتنع عليه سماعها
والقضاء بها بعده كما لا يخفى (قوله هذا الشئ) يشمل المنقول والعقار وظاهر الاشارة انه قائم فلو كان
هالكا لم تندفع الخصومة لانه يدعى الدين عليه وايداع الدين لا يمكن بحر وقال الثمني لو كانت العين
هالكة لا تندفع الخصومة لانه عند قيامها تقع الدعوى في العين وذو اليد انما ينتصب خصما بظاهر
يده واذا كانت هالكة تقع الدعوى في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما بذمته وبالبينة
على انه كان في يده وديعة لا يتبين ان ما في ذمته لغيره فلا تتحول الخصومة عنه انتهى بتصرف (قوله
أودعنيه) ظاهره انه يشترط للدفع دعوى الايداع في الكل وليس كذلك بل كذلك اذا ادعى الايداع
في النصف وبرهن بان قال النصف لي والنصف وديعة فلان الغائب اندفعت في الكل لتعذر التمييز
كما في البحر عن الاختيار قال وأفاد بقوله فلان انه عينه باسمه فلو قال اودعنيه رجل لا أعرفه لم تندفع
ولا بد من تعيين الغائب في الدفع والشهادة فلو ادعاه من مجهول وشهدا بعين أو عكسه لم تندفع الخ
(قوله او غصبته) ظاهر اقتصار المصنف في دعوى الدفع على ما ذكر انه ينحصر في هذه الوجوه الخمسة
وليس كذلك بل منه ما لو قال في جواب الدعوى هذا الشئ وكلني فلان الغائب بحفظه فانها تندفع
كما في البحر عن المبسوط ومنه ما لو قال أسكنني فيها بأن كان النزاع في دار كما فيه أيضا عن الخلاصة أو قال
سرقته منه أو أخذته او ضل منه فوجدته والاولان يرجعان الى الامانة والثلاثة الاخيرة الى الضمان
ان لم يشهد في الاخيرة والا فالى الامانة ويلحق بها دعوى المزارعة كما في البزازية بان قال هذه الارض
المتنازع فيها دفعها الى فلان الغائب مزارعة فالاولى ان تفسر الخمسة بالثاني يعني انما سميت بمخمسة
كتاب الدعوى لان فيها خمسة أقوال للعلماء لا لان فيها خمسة أوجه لما علمت من انها قد بلغت احد عشر
وعلى ما في البزازية من الحاق المزارعة بالاجارة او الوديعة لا تزيد على العشرة وللمقدسي هنا كلام
فليراجع (قوله وبرهن) مراده بالبرهان وجود حجة على ما قال سواء كانت بينة أو علم القاضي أو اقرار
المدعى بحر عن الخلاصة قال العلامة المقدسي ينبغي ان يكون هذا على قول من يجوز في زماننا قضاء
القاضي بعلمه وعلى ما اختاروه من قول محمد لا يتأتى حموي (قوله دفعت خصومة المدعى) أي حكم
القاضي بدفعها لانه اثبت ببينته ان يده ليست يد خصومة بخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب
وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعى باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان
العين ليست للمدعى زيلعي (قوله مطلقا) أي سواء كان ذو اليد صالحا او معروفا بالحيل حموي فالاطلاق
في مقابلة ما سيأتي من التفصيل عند أبي يوسف (قوله لا تندفع الخصومة) فلو طلب يمين المدعى

في جواب من ادعى عينا في يده (هذا الشئ أودعنيه أو اجرنيه أو اعارنيه فلان الغائب) عندي (أو رهنه أو غصبته منه (وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) مطلقا أو أقام ذو اليد بينة أن المدعى أقر انه لفلان اندفعت الخصومة عنه وقيد بقوله وبرهن لانه ما لم يقم البينة لا تندفع الخصومة

استحلفه القاضى فان حلف على العلم كان خصما وان نكل فلا خصومة بحر عن خزانة الاكمل (قوله خلافا لابن ابى ليلى الخ) وجهه ان ذا اليد اقر بالملك لغيره فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة والجواب انه صار خصما بظاهر يده وباقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم فى اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق الا بحجة لا يقال يلزم اثبات اقرار نفسه بالبينة وهو غير معهود فى الشرع لانها لاثبات اليد الحافظة التى انكرها المدعى لا لاثبات الاقرار عناية (قوله وقال ابن شبرمة) بضم الشين المعجمة وسكون الباء الموحدة وضم الراء واسمه عبد الله بن صبيحة بفتح الصاد وتشديد الباء الموحدة ابن الطفيل أحد فقهاء الكوفة (قوله لا يخرج من خصومته وان برهن) لانه اثبت ببينته الملك للغائب واثبات الملك للغائب بدون خصم متعذر اذ ليس لاحد ولاية ادخال شئ فى ملك غيره بغير رضاه والجواب ان مقتضى هذه البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلا يثبت ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه كالوكيل بنقل المرأة الى زوجها اذا أقامت البينة على الطلاق فانها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا يحكم بوقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب عناية (قوله وقال أبو يوسف الخ) وبه يؤخذ ملتقى واختاره فى المختار در (قوله وان كان معروفا بالحيل لا تندفع) وجهه كما فى الشمنى انه قد يأخذ غصبا مال غيره ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب عن البلد ويواعده ان يأتى به ويودعه عنده ويشهد عليه الشهود حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه يقيم ذو اليد الحجة على ان فلانا اودعه عنده فيدفع عنه الخصومة فيحتال لابطال حق غيره انتهى (قوله فالقاضى لا يقبل شهادتهم) لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعى ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعى اتباعه فلو اندفعت الخصومة لتضرر المدعى عناية (قوله لا تندفع الخصومة عند محمد) وجهه ما سبق من الوجه الثانى من انه ما أحاله الى معين فصار بمنزلة ما لو قال اودعه رجل لا نعرفه لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل تعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه (قوله وعند أبى حنيفة تندفع الخصومة عنه) وجهه ان المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه للعلم يقينا ان المودع غير المدعى فأفادت الشهادة ان يده ليست يد خصومة وهو المقصود والحديث دل على نفى المعرفة التامة وليس على ذى اليد تعريف خصم المدعى تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعى هو الذى أضر بنفسه حيث نسى خصمه عناية وظاهره كالهداية ترجيح مذهب الامام لكن فى البحر عن البزازية تعويل الائمة على قول محمد ثم قال آخرا ومحل الاختلاف بينهما او بين محمد انما هو فيما اذا ادعاه الخصم من معين بالاسم والنسب فشهدا بمجهول لكن قالا نعرفه بوجهه أما لو ادعاه من مجهول لم تقبل الشهادة اجماعا وهو الصحيح انتهى فتحصل من هذا ان أبا حنيفة وأبا يوسف يكتفيان بمعرفة الوجه ومحمد يشترط معرفة الاسم والنسب أيضا فما فى الدرر من قوله وقال الشهود نعرفه باسمه وشرط محمد معرفته بوجهه أيضا تحريف من النساخ والصواب ان يقال وقال الشهود نعرفه بوجهه وشرط محمد معرفة الاسم والنسب أيضا (قوله لانها خمس صور) فيه انها تزيد على ذلك حموى (قوله سرق منى اوغصبته الخ) ذكر الغصب والسرقة تمثيل والمراد دعوى فعل عليه فلو قال المدعى اودعتك اياه او اشتريته منك وبرهن ذو اليد كما ذكرنا لا تندفع ولو قال المدعى ملكى وفى يدك بغير حق لا يكون دعوى الغصب فتندفع لو برهن على الايداع بالطريق المذكور بحر عن البزازية (قوله لا تندفع الخصومة) يعنى فيقضى القاضى ببرهان المدعى فى الاولى لانه بدعواه الشراء صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وكذا فى الثانية والثالثة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق فانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذى اليد وبعد القضاء لو حضر الغائب وأقام بينة على ذلك تقبل بينته لانه لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد فقط درر وغيرها

خلافا لابن ابى ليلى فان عنده تندفع الخصومة بمجرد قوله بغير بينة وقال ابن شبرمة لا يخرج من خصومته وان برهن وقال أبو يوسف اذا كان ذو اليد صالحا تندفع عنه الخصومة اذا برهن واذا كان معروفا بالحيل لا تندفع الخصومة بالبينة رجع اليه حين ابتلى بالقضاء وعرف احوال الناس هذا الذى ذكرنا اذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال شهود ذى اليد أودعه رجل لا نعرفه أصلا فالقاضى لا يقبل شهادتهم ولا تندفع خصومة المدعى عن صاحب اليد بالاجماع وان قال الشهود نعرف المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد وعند أبى حنيفة تندفع الخصومة عنه وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اما لانها خمس صور او لان فيها خمسة اقوال كما بينا (وان قال) المدعى عليه (ابتعته) أى اشتريته (من الغائب) أو قال غصبته أو قال المدعى سرق منى) أو قال ذو اليد أودعنيه منى أو سرقته (وقال ذو اليد) عليه أى فلان وبرهن) ذو اليد (على ما قاله وهو الوديعة (لا) تندفع الخصومة وقال محمد تندفع فى قوله سرق منى ولو قال غصب منى تندفع

كالزيلعي وتعقبه عزمي زاده فليراجع فان قلت دعوى الفعل عليه فيما اذا قال غصبته اوسرقته ظاهر وليس بظاهر فيما اذا قال سرق مني ببناء الفعل للمجهول لانه لم يدع عليه الفعل فالقياس ان تندفع الخصومة فيه كما هو قول محمد قياسا على غصب فانها تندفع فيه بالاتفاق قلت القياس ماذهب اليه محمد من ان الخصومة تندفع في كل من سرق وغصب لعدم دعوى الفعل عليه خلافا لهما في سرق ولكن وجه الاستحسان ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل البتة والظاهر انه الذي هو في يده الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه بخلاف ما اذا قال غصب لانه لاحد فيه فلا يحترز عن كشفه (قوله وان قال المدعي ابتعته من فلان الخ) حاصل هذه المسئلة ان المدعي ادعى الملك بسبب من جهة الغائب فدفعه ذو اليد بان يده من الغائب فقد اتفقا على ان الملك فيه للغائب فيكون وصولها الى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم المدعي بينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه أحق بامساكها ولو صدقه ذو اليد في شرائه منه لا يأمره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره قال في البحر وهي عجيبة وسبقه على التعجب از يلعي قال الحموي ولا عجب لان اقراره على الغير غير مقبول واعلم ان دعوى الشراء ليست بقيد فلو ادعى انه غصبه منه فلان الغائب وبرهن عليه وزعم ذو اليد ان هذا الغائب اودعه عنده اندفعت لتوافقهما ان اليد لذلك الرجل ولو كان مكان دعوى الغصب دعوى سرقة لا تندفع بزعم ذي اليد ايداع ذلك الغائب استحسانا تنوير وشرحه عن البزازية (قوله اودعنيه فلان ذلك) أي بنفسه فلو بوكيل لم تندفع بلا بينة درر وغيره لان الوكالة لا تثبت بقوله وقيد باتحاد الغائب لانه لو ادعى الشراء من فلان الغائب المالك وبرهن ذو اليد على ايداع غائب آخر لا تندفع بحر عن البزازية (فروع) قال المدعى عليه لي دفع يمهل الى المجلس الثاني صغرى * للمدعي تحليف مدعي الايداع على البتات درر وله تحليف المدعي على العلم وتمامه في البزازية كذا في الدر والمراد من قوله وله تحليف المدعي على العلم أي للمدعى عليه اذا ادعى الدفع بالايداع ونحوه وعجز عن اثباته ولم يصدقه المدعي في الدفع

(باب ما يدعيه الرجلان)

أي على ثالث او احدهما على الآخر ومناسبة تأخير هذا الباب عن دعوى الواحد غنية عن البيان اذ الواحد قبل المتعدد (قوله وكل يزعم انها له ملكا) مطلقا ولم يذكرا سبب الملك وتاريخه اما اذا ذكرا ذلك فسيأتي حكمه حموي (قوله وبرهنا على ما في يد رجل آخر) قيد بالبرهان اذ لو برهن أحدهما فقط فانه يقضى له بالكل فلو برهن الخارج الآخر يقضى له بالكل لان المقضي له صار ذا يد بالقضاء له وان لم تكن العين في يده حقيقة فتقدم بينة الخارج الآخر عليه ولو لم يبرهنا حلف صاحب اليد فان حلف لهما تترك في يده قضاء ترك لا قضاء استحقاق حتى لو أقاما البينة بعد ذلك يقضى بها وان نكل لهما جميعا يقضى به بينهما نصفين ثم بعد ذا اذا أقام صاحب اليد البينة انه ملكه لا تقبل لانه صار مقضيا عليه بحر (قوله على سبيل التنصيف) لتساويهما ولحديث تميم بن طرفة الطائي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة أقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين قال في البحر ومن هذا القبيل ما في المنية اقاما بينة على عبد في يد رجل احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما وظاهره ان ما في المنية لم يذكره المصنف وليس كذلك ولهذا نقل الحموي عن المقدسي ان ما في المنية سيذكره المصنف بعد قليل انتهى وأراد به ما سيأتي من قوله ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا وشمل اطلاقه ما اذا ادعى الوقف فيما في يد ثالث فانه يقضى بالعقار نصفين لكل وقف النصف وهو من قبيل الملك المطلق باعتبار ملك الوقف ولهذا لو ادعى وقفية ما في يد آخر وبرهن فدفع ذو اليد بانه مودع فلان

ونحوه

(وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال ذو اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة) *

(باب ما يدعيه الرجلان)

اذا ادعى اثنان عينا في يد آخر وكل يزعم انها له و(برهنا على ما في يد رجل (آخر قضى) به (لهما) على سبيل التنصيف وقال احمد وفي قول الشافعي

ونحوه وبرهن فانها تندفع خصومة المدعى كما فى الاسعاف فدعوى الوقف داخل فى المسئلة المخمسة بحر وذكر شيخنا مانصه المستأجر والمرتهن والمودع والغاصب من الواقف ليسوا خصماً أما فلا تسمع دعوى الوقف عليهم اذا برهنوا على ماذكر على ماعرف فى مخمسة الدعوى انتهى وذكر الخصاف مانصه ان كانت الارض فى يد رجل اودعه الواقف اياها أو رهنه اياها اوكان مستأجراً من الواقف اوغصبها من الواقف وهو مقر انها للواقف قال لا يكون احد من هؤلاء خصماً عن الواقف حتى تقوم البينة على اقرار الواقف بحضرة وارث له اووصى انتهى (قوله تهاترت البينات) لان احداهما كاذبة بيقين زيلعى (قوله يقرع الخ) رد بأن حديث القرعة كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بحر (قوله سقطا) لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك وفرق القاضى بينهما حيث لا مرجح فان كان قبل الدخول فلا شئ على كل واحد منهما بحر عن منية المفتى (قوله هذا اذا كانت حال حياتها) اسم الاشارة يعود على سقوط كل من البرهانين لعدم ماتترجح به احدى البينتين على الاخرى بأن لم يؤرخا فلو ارخت احداهما دون الاخرى قضى للمؤرخ على مايعلم من كلام البحر (قوله وان كانت الدعوى بعد موتها تقبل البينتان) ان لم يؤرخا أو أرخا واستوى تاريخهما وعلى كل منهما نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد فان جاءت بولد ثبت النسب منهما ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان من الابن ميراث أب واحد بحر عن الخلاصة وغيرها ف ان المراد من قوله فى الخلاصة فان جاءت بولد الخ أى فان كانت جاءت بولد قبل الموت فسقط قول السيد الحموى ولا يخفى أن قوله فى الخلاصة فان جاءت بولد مشكل لان مبنى الاشكال عدم تصور مجيئها بالولد بعد الموت وقد علمت مراده (قوله وهى لمن صدقت) لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها الا اذا كانت فى بيت أحدهما اودخل بها أحدهما فيكون هو اولى ولا يعتبر قولها الان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الآخر البينة انه تزوجها قبله فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة زيلعى وفى البحر عن الظهيرية لو دخل بها احدهما وهى فى بيت الآخر فصاحب البيت اولى (قوله او سبقت بينته) ظاهره ان الترجيح بالتصديق فى رتبة الترجيح بسبق التاريخ وليس كذلك حتى لو صدقت من لم يسبق تاريخه لا يعتبر تصديقها ويقضى بالنكاح لمن سبق تاريخه لان سبق التاريخ ارجح من الكل ثم اليد ثم الدخول ثم الاقرار فلو قال المصنف وهى لمن صدقت ان لم يسبق تاريخ الاقرار لكان اولى واما الترجيح بوجود التاريخ من احدهما فقط فمشروط بأمرين عدم اقرارها للآخر وعدم كونها فى يده ولهذا قال فى البحر وعلم مما قررناه ان احدهما لو أرخ فقط فانها لمن اقرت له كما لو أرخ أحدهما وللاخير يد فانها للذى اليد كما فى الخلاصة والبزازية والحاصل ان أحدهما اذا أرخ فقط قدم ان لم يكن اقرار للآخر ولا يد الخ (قوله الا ان يوقت الشهود وقتا سابقا) فيقضى له وينقض القضاء الاول فالقضاء لا يكون قضاء على الكافة مطلقا بل بشرط عدم التاريخ كما فى البحر عن الصغرى ونصه القضاء لا يكون على الكافة الا فى القضاء بالحرية والنسب والولاء والنكاح ولكن فى النكاح يشترط ان لا يؤرخا فان أرخ المحكوم له ثم ادعاها آخر بتاريخ اسبق فانه يقضى له ويبطل القضاء الاول وسبق منا اشتراط ذلك فى الحرية أيضا فى باب الاستحقاق انتهى وقوله ولكن فى النكاح الخ أى القضاء فى النكاح انما يكون على الكافة اذا لم يؤرخا ويحمل على ما اذا ترجحت بينته بمرجح آخر غير التاريخ كالقبض والتصديق والا فلا يتصور القضاء له لاستوائهما فى عدم التاريخ (قوله لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق) صريح فى ان سبق التاريخ ارجح من اليد فيكون ارجح من التصديق أيضا بالاولى لان التصديق لا يعتبر مع وجود اليد فشرط اعتبار التصديق ان لا يوجد سبق التاريخ وان لا تكون فى يد احدهما كما قدمناه والحاصل كما فى الزيلعى انهما ان تنازعا فى امرأة واقاما البينة فان أرخا وكان تاريخ أحدهما اقدم كان هو اولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها اونقلها الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شئ يرجع الى تصديق المرأة

تهاترت البينتان وفى قول يقرع
بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته
(و) لو برهنا (على نكاح امرأة سقطا)
أى البرهانان هذا اذا كانت حال
حياتها وان كانت الدعوى بعد
موتها تقبل البينتان لان الارث يقبل
الاشتراك (وهى) أى المرأة (لمن
صدقت) له (أو سبقت بينته) أى
لو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت
فاقام البينة تقضى بها له ثم ادعى آخر
عليها واقام البينة على انها امرأته
لا يحكم بها الا ان يوقت الشهود وقتا
سابقا وكذا اذا كانت المرأة فى يد
الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة
الخارج الا على وجه السبق
(و) لو برهن خارجان على ملك مؤرخ او شراء مؤرخ من واحد
فى يد رجل ادعى رجلان كل واحد
(و) برهنا (على الشراء منه)

انتهى (قوله أى من ذى اليد) ليس بقيد بل كذلك يتنصف المتنازع فيه بينهما اذا ادعيا الشراء من غير ذى اليد وبرهنا عليه (قوله ونقد الثمن) أى وبرهنا على نقد الثمن وليس قيدا احترازيا اذ الحكم بالتنصيف لا يتوقف عليه لكن ينظر حكم ما اذا برهنت احدى البينتين على نقد الثمن دون الاخرى (قوله ولم توقت واحدة من البينتين وقتا) احترز به عما اذا وقتا وسبق تاريخ احداهما حيث يقضى به للاسبق كما سيأتى وكذا يعتبر التاريخ من احد الجانبين عند ابى يوسف كما سيأتى فى الشارح ومقتضاه ثبوت الخلاف لغيره وسيأتى ما فيه (قوله وان شاء تركه وأخذ كل الثمن) لان شرط العقد الذى يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه ولعل رغبته فى تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن فان قيل ينبغى ان تبطل البينات لكذب احد الفريقين لاستحالة توارد العقدين كلا فى وقت واحد اجيب بأنهم لم يشهدوا بكونهما فى وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا فى وقت اطلق له الشهادة به عناية (قوله لم يأخذ الآخر كله) لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ العقد فيه والعقد متى انفسخ بقضاء القاضى لا يعود الا بتجديد ولم يوجد عناية (قوله اشارة الى انه يجوز له ان يأخذ كله قبل القضاء) وذكر بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام انه لا خيار له وهو الظاهر كما فى العناية فلا فرق على الظاهر بين ان يكون الامتناع من اخذ النصف قبل القضاء او بعده (قوله فللسابق) لانه اثبت الشراء فى زمن لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به بحر (قوله عند أبى يوسف) فى الزيلعى ما يفيد الاتفاق وكذا فى البحر وهو الظاهر أيضا من كلام العناية وعلل المسئلة بانه اثبت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الآخران يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك انتهى لكن كلام العينى فى شرح قول المصنف ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ او على الشراء من واحد يشهد لما ذكره الشارح ونصه ولو أرخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف المؤرخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل الا ترى انه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابى يوسف ان المؤرخ ملكه متيقن فكان اولى ولابى حنيفة ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال اه (قوله وان ادعيا الشراء من واحد الخ) مقصوده من هذا الاشارة الى الاعتراض على المصنف بأن قوله والا فلذى القبض لا يطابق ما تقدم فانه مفروض فيما اذا كانا خارجين تنازعا فيما فى يد ثالث فاذا كان مع احدهما قبض كان ذا يد تنازع مع خارج فلم تكن المسئلة ويجاب بما أشار اليه الشارح أيضا من ان فى كلام المصنف حذفا وان هذا الجزء المذكور جزاء شرط محذوف تقديره وان ادعيا الشراء من واحد الخ وان الشرط المذكور فى كلام المصنف بقوله وان أرخا جزاؤه محذوف قدره الشارح بقوله فيما تقدم فللسابق وهذا تكلف وتعسف والظاهر فى تصحيح كلام المصنف ان يقال يجوز ان يراد انه اثبت بالبينة قبضه فيما مضى من ازمان وهو الآن بيد البائع كما فى البحر عن المعراج الا انه استشكله بما فى الذخيرة من ان ثبوت اليد لاحدهما بالمعاينة انتهى فالحق انها مسئلة أخرى وكان ينبغى افرادها وحاصلها ان خارجا وذا يد ادعى كل الشراء من ثالث وبرهنا قدم ذو اليد فى الوجوه الثلاثة والخارج فى وجه واحد اه وجوز العلامة المقدسى ان يجعل ضمير أرخا المطلق المدعيين ولو على سبيل التجريد على ما نقل عنه السيد الحموى وهو أحسن ما يصار اليه فى الجواب لان جعل الضمير لمطلق المدعيين شامل لما اذا كانا خارجين او احدهما ذا قبض فانحل الاشكال وأراد بالوجوه الثلاثة ما اذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخ واحد منهما وقوله والخارج أى وقدم الخارج فى وجه واحد وأراد به ما اذا أرخا وسبق تاريخه (قوله فلذى القبض منهما) لانه يدل على سبق شرائه (قوله والشراء احق من الهبة) لقوته لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه والملك فى الهبة يتوقف على القبض وكذا اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر الصدقة والقبض واطلق فى الهبة وهى مقيدة بان لا تكون بعوض اذ لو كانت بعوض كانت بيعا كما فى البحر قال ومقتضاه استواء الشراء والهبة بعوض واذا ادعى

اى من ذى اليد ونقد الثمن ولم توقت واحدة من البينتين وقتا فيكون (نصفه لكل) واحد من المدعيين (بنصف الثمن) ورجع كل منهما على البائع بنصف الثمن وان شاء تركه (وان شاء) ترك كل منهما يدل له ان شاء) (وان ابى احدهما بعد القضاء) أى عن أخذ نصف المدعى (لم يأخذ الآخر كله) بينهما (لم يأخذ الجديد فى النصف لا يجوز الا بالعقد الجديد فى النصف الثانى الباقى قوله بعد القضاء اشارة الى انه يجوز له ان يأخذ كله قبل القضاء هذا اذا لم يؤرخا أو ارخا تاريخا واحدا (وان ارخا) وتاريخ احدهما سابق (فللسابق) وكذا اذا ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر للمؤرخ عند أبى يوسف وان ادعيا الشراء من واحد واحدهما قابض أى وأرخا تاريخا (فللسابق والا) أى وان لم يؤرخا أو ارخا تاريخا واحدا أو ارخ واحد منهما (فلذى القبض منهما والشراء احق من الهبة)

أحدهما هبة وقبضا والآخر صدقة وقبضا فهما سواء ويقضى به بينهما لاستوائهما في وجه التبرع فان قيل لانسلم التساوى فان الصدقة لازمة لاتقبل الرجوع دون الهبة يجاب بما في الهداية من انه لا ترجيح باللزوم قال في العناية وتقريره ان الترجيح باللزوم ترجيح بما يظهر في ثاني الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل والترجيح انما يكون بمعنى قائم في الحال وهذا أى الحكم بالتنصيف بينهما فيما لايحتمل القسمة لان الشيوع لايضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه لايصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على ان هبة الواحد من الاثنين جائزة عندهما خلافا له وقيل يجوز بالاجماع لطرو الشيوع زيلعى (قوله حتى اذا ادعى أحدهما) أى أحد الخارجين على ذى يد وقيدنا بكونهما خارجين للاحتراز عما اذا كانت في يد أحدهما والمسئلة بحالها فانه يقضى للخارج الا في سبق التاريخ فهو للاسبق وان أرخت احداهما فقط فلا ترجيح لهما وان كانت في أيديهما يقضى بها بينهما الا في سبق التاريخ فهى له كدعوى ملك مطلق بحر (قوله ولا تاريخ معهما) فان أرخا فصاحب التاريخ المقدم أولى وان لم يؤرخا ومع أحدهما قبض كان هو أولى عينى وكذا ان أرخ أحدهما فقط بحر (قوله ولو ادعيا من اثنين الخ) نقل في الدر عن هبة الدرر مانصه ولو اختلف المملك استويا وهذا فيما لايقسم اتفاقا واختلف التصحيح فيما يقسم والاصح ان الكل لمدعى الشراء لان الاستحقاق من قبيل الشيوع المقارن لا الطارئ اه (قوله فانه يقضى به بينهما نصفين) لانهما عند اختلاف المملك يصير كل منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لايحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملك في وقت لاينازعه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لايعتبر فيه سبق التاريخ على مانبينه من قريب زيلعى (تتمة) نقل في البحر عن البزازية انه لو ادعى الشراء من رجل وآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من أبيه والرابع الصدقة من آخر قضى بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من مملكهم فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق اه وهذا لاينافي ماسبق في المتن من ان الشراء أحق من الهبة لانه محمول على ما اذا اتحد المملك ولهذا قيد الشارح اطلاق المتن بقوله معناه من واحد وماهنا مفروض فيما اذا اختلف المملك وحينئذ يسقط مانقله الحموى عن المقدسى حيث قال ولقائل أن يقول رجحتم البيع فيما مر لكونه معاوضة من الجانبين وهذه العلة موجودة هنا فينبغى الترجيح بها انتهى (قوله والشراء والمهر سواء) لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء فان سبق تاريخ أحدهما فالسابق أولى غاية البيان عن مبسوط خواهر زاده (قوله فيقضى لكل واحد منهما بالنصف) فللمرأة نصف العبد ونصف قيمته على الزوج وللمشترى نصف العبد ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ لتفرق الصفقة عليه عينى وهل للمرأة الفسخ في نصف العبد والرجوع على الزوج بكل القيمة لم أره والظاهر ان لها ذلك أيضا لوجود العلة وهى تفريق الصفقة (قوله وعند محمد الشراء أولى) لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع فلا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك زيلعى (قوله وفي القياس الهبة أولى) لانها تثبت الملك والرهن لايثبته ووجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى أطلق الهبة وهى مقيدة بان لاعوض فيها فان كانت بشرط العوض فهى أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لايثبته الا عند الهلاك معنى لاصورة بحر (قوله من واحد) أراد به غير ذى اليد قال في الدر احترز بهذا عما اذا برهن على مافي يد آخر كما مر انتهى وفيه كلام لعزمى زاده فليراجع (قوله فالاسبق أحق) لانه اثبت انه أول

حتى اذا ادعى أحدهما الشراء والآخر
هبة وقبضا معناه من واحد وأقاما
البينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى
ولو ادعيا من اثنين ذلك فانه يقضى به
بينهما نصفين (والشراء والمهر سواء)
حتى لو ادعى أحدهما شراء العبد
من ذى اليد وادعت امرأة ان
ذا اليد تزوجها عليه استويا فيقضى
لكل واحد منهما بالنصف هذا عند
ابى يوسف وعند محمد الشراء أولى
(والرهن احق من الهبة) حتى لو ادعى
احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة
وقبضا وبرهنا فالرهن اولى استحسانا
وفى القياس الهبة أولى (ولو برهن
الخارجان على الملك) المطلق (و) على
(التاريخ) وهو مختلف (أو) برهن
الخارجان (على الشراء من واحد
فالاسبق احق) قوله من واحد اى
من غير صاحب اليد اذ دعواهما
بالشراء من صاحب اليد

المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال فى البحر والحاصل انهما ان لم يؤرخا أو أرخا واستويا فهى بينهما فى المسئلتين وان أرخا وسبق أحدهما فالسابق أولى فيهما وان أرخت احداهما فقط فهى الاحق فى الثانية لا فى الاولى وقدمنا ان دعوى الوقف كدعوى الملك المطلق فيقدم الخارج والاسبق تاريخا الخ والمراد من قوله فهى الاحق فى الثانية هى ما اذا برهن الخارجان على الشراء من واحد آخر غير ذى اليد و بالاولى هى ما اذا برهنا على الشراء من ذى اليد ومنه يعلم مرجع ضمير التثنية فى قوله فالسابق أولى فيهما (قوله قدمر فى صدر الباب) وهو قوله ولو برهنا على الشراء منه لكل نصفه بيدله ان شاء الخ لان الضمير فى منه يعود على ذى اليد كما ذكره الشارح (قوله لان حكمهما واحد) فان قلت لا نسلم ان الحكم واحد بل هو مختلف لقول المصنف هنا فالاسبق أحق وفى السابقة لكل نصفه قلت لا تخالف لانه انما كان الاسبق أحق هنا لاجل اختلاف التاريخ حتى لو لم يؤرخا أو ارخا تاريخا واحدا يكون الحكم كالسابقة وهو القضاء بالتنصيف فقوله لان حكمهما واحد أى عند عدم سبق التاريخ ومن هنا يخرج الجواب عن دعوى التكرار وان لم يكن المراد بالواحد فى كلام المصنف غير ذى اليد فدعوى الشارح التكرار ممنوع أيضا لاشتمال هذه الصورة على سبق التاريخ بخلاف السابقة فالتقييد فى كلام المصنف بقوله من واحد وأراد به غير ذى اليد لا لدفع التكرار بل للاشارة الى انه لا فرق فى الحكم وهو القضاء بالتنصيف عند سبق التاريخ أو القضاء به للاسبق عند وجود السبق بين ما اذا برهن الخارجان على الشراء من ذى اليد أو من غيره فأشار الى الوجه الاول بالمسئلة السابقة والى الوجه الثانى بهذه المسئلة ثم رأيته فى العناية قال قوله من واحد أى من غير صاحب اليد ليس فيه زيادة فائدة فانه لا تفاوت فى سائر الاحكام بين ان يكون ذلك الواحد ذا اليد أو غيره انتهى فهذا بعين ما قلنا (قوله من رجل آخر) اى غير الذى يدعى الشراء منه الرجل الآخر (قوله وذكرا تاريخا واحدا استويا) لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولو اختلفا فى التاريخ كان للاسبق كما اذا كان المملك لهما واحدا وما فى الزيلعى من انه يكون بينهما وان سبق تاريخ أحدهما وتبعه العينى فسهو قال فى البحر والعجب من الزيلعى انه جعله من قبيل دعوى الملك المطلق ونسى ما قاله فى الكتاب قريبا من قوله ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ فالاسبق أحق مطلقا انتهى ومعنى مطلقا اى سواء اتحد المملك او اختلف وعن هذا قيد الشارح التاريخ الذى ذكره المصنف مطلقا بقوله واحدا للاحتراز عما اذا اختلف التاريخ ثم رأيت المقدسى انتصر للزيلعى فليراجع ورأيت بخط شيخنا انه فى الدر نقل عبارة العينى واقرها قال وعليه فلا تصويب اه ثم اعلم ان المؤلف لو قال وذكرا تاريخا أو احدهما فقط لكان اولى اذ لا يترجح صاحب التاريخ على غيره لان توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت أحدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره بحر (قوله استويا) لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه زيلعى ثم لا بد من ذكر المدعى وشهوده ما يفيد ملك بائعه ان لم يكن المبيع فى يد البائع وان شهدوا بيده فقط ولا ان درعن البزازية (قوله وعن محمد انه لا تقبل) لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص فى وقت فثبوته بعده لغيره لا يكون الا بالتلقى من جهته وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار فى ايديهما والمعنى ما بينا بحر فقيد بسبق تاريخ ذى اليد لانهما لو لم يؤرخا او استوى تاريخهما او أرخت احداهما فقط كان الخارج أولى ولو فى ايديهما فالموقتة أولى ولو فى يد ثالث فهما سواء عنده وعند أبى يوسف تقدم الموقتة وعند محمد المطلقة الخ (قوله النتاج) النتاج ولادة الحيوان ووضعه عنده من نتجت عنده بالبناء للمفعول ولدت ووضعت كما فى المغرب والمراد ولادته فى ملكه أو فى ملك بائعه أو مورثه ولهذا قال فى خزانة الاكمل لو اقام بينة ان

هذه

قدمر فى صدر الباب فالتقييد بغير صاحب اليد لدفع التكرار لا لاخراج (و) لو برهن الخ لان حكمهما واحد (و) لو برهن الخارجان (على الشراء من رجل آخر) واحد (استويا) وذكرا تاريخا) ثم يخير كل واحد منهما فيكون بينهما (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ) وتاريخ ذى اليد اسبق) فذو اليد أحق كما ذكر من قبل (مطلق) وعن محمد انه لا تقبل بينة ذى اليد منه (أى الخارج وذو اليد) (أو برهن) (على النتاج)

هذه الدابة نتجت عنده أو نسج هذا الثوب عنده او ان هذا الولد ولدته أمته ولم يشهدوا بالملك له فانه لا يقضى له واعلم ان ذا اليد انما يقضى له فى دعوى النتاج و يقدم على الخارج اذا لم يتنازعا فى الام أما لو تنازعا فيها فى الملك المطلق وشهدوا بها او بنتاج ولدها فانه لا يقدم بحر بقى ان يقال الضمير فى قوله والمراد ولادته فى ملكه أو فى ملك بائعه لكل من الخارج وذى اليد على سبيل البدل كما يدل عليه كلام صاحب الدرر ولهذا نقل شيخنا عن عزمى زاده مانصه ولو قال عند بائعهما كما وقع فى عبارة التسهيل لكان أوضح انتهى (قوله فذو اليد أحق) لان بينته قد دلت على مادلت عليه بينة الخارج ومعه ترجيح اليد فكان اولى عينى وهذا اذا لم يدع الخارج على ذى اليد فعلا كالغصب أو الوديعة أو الاجارة أو الرهن أو العارية أو نحوها فأما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج أولى فى رواية وقال الفقيه أبو الليث يقضى لذى اليد لانه يدعى ملك النتاج والآخر يدعى الاجارة أو الاعارة والنتاج أسبق درر قال شيخنا وقوله أو نحوها كالسرقة واذا ترجحت بينة ذى اليد على النتاج على بينة الخارج على مطلق الملك كما فى الدرر عن الذخيرة فانها تترجح أيضا على بينة الخارج على الشراء من غير ذى اليد بالطريق الاولى لان الملك المطلق أكثر من الملك المقيد بالشراء شيخنا ولو برهن أحدهما على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان وكذا لو كانت الدعوى بين خارجين ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذلك المقضى عليه بالملك المطلق اذا أقام البينة على النتاج تقبل و ينقض القضاء الاول لانه بمنزلة النص بحر عن الهداية (قوله أو على سبب ملك لا يتكرر) لانه فى معنى النتاج عينى (قوله كنسج الثياب القطنية) وكذا جز الصوف والمرعزى عينى والمرعزى بكسر الميم وسكون الراء وكسر العين المهملتين وتشديد الزاى المعجمة وقصر الالف الشعر الخفيف الذى ينتف من ظهر المعز ويعمل منه الفشة الرفيعة شيخنا عن الوانى ثم رأيت بخط الشيخ شاهين عن غاية البيان معزيا للجوهرى انه اذا قيل مرعزى بالتشديد يقصر وان قيل مرعزاء بالتخفيف يمد قال وان شئت فتحت الميم وقد تحذف الالف فيقال مرعز انتهى (قوله هذا جواب جميع المسائل الاربعة) ولا يخالفه مافى العينى تبعا للزيلعى من جعل المسائل ثلاثة بجعل البرهان على النتاج وعلى سبب ملك لا يتكرر مسئلة واحدة اذ كل منهما دعوى ملك بسبب كما نبه عليه الشيخ الشلبى (قوله لانه ان كان سببا يتكرر الخ) كالبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان أشكل يرجع الى أهل الخبرة فان أشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بحديث النتاج درر وقوله لان القضاء ببينته هو الاصل يعنى ان مقتضى القياس ذلك ولكن ترك القياس بالخبر وهو ماروى انه عليه الصلاة والسلام قضى لذى اليد بناقة بعد ما أقام الخارج بينة انها ناقته نتجت عنده وأقام ذو اليد بينة انها ناقته نتجت عنده وقوله يرجع الى أهل الخبرة الواحد منهم يكفى والاثنان احوط عزمى و زيلعى وذكر فى غاية البيان انه اذا اشكل على أهل الخبرة اختلفت الرواية ففى رواية أبى سليمان يقضى لذى اليد وفى رواية أبى حفص يقضى للخارج وانما كانت الحنطة والحبوب مما يتكرر لانها تغربل بعد البذر ثم تزرع ثانيا (قوله ولا تاريخ الخ) فان أرخا قضى به لصاحب الوقت الآخر بحر عن خزانة الاكمل (قوله وعند محمد يقضى بالبينتين) ويكون للخارج لامكان العمل بهما فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك لبائعه فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالاجماع لتعذر الجمع لجواز كل من البيعين بخلاف الاول بحر عن الهداية فالقضاء بالبينتين عنده خاص بما اذا لم يذكروا القبض وبه يعلم ما فى كلام الشارح كذا قيل قلت قال فى البحر بعد ان اورد عبارة الهداية وفى المبسوط ما يخالفه كما علم من الكافى ثم رأيت فى الشرنبلالية ما يكون تأييدا لكلام الشارح حيث قال وعند محمد يقضى بالبينتين يعنى ان ذكروا القبض

فذو اليد أحق منه وقال عيسى بن أبان تتهاتر البينتان وتترك العين فى يد ذى اليد لا على طريق القضاء (أو) برهنا على (سبب ملك لا يتكرر) كنسج الثياب القطنية والغزل وحلب اللبن (أو) برهن (الخارج على الملك) المطلق (أو) برهن (ذو اليد على الشراء منه) اى من الخارج (فذو اليد أحق منه) هذا جواب جميع المسائل الاربعة وانما قيد بقوله بسبب ملك لا يتكرر لانه ان كان سببا يتكرر لا يكون لذى اليد بل للخارج (ولو برهن كل) منهما (على الشراء من الآخر) يعنى اذا ادعى الخارج على ذى اليد انه اشترى منه هذه الدار بكذا وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج واقام البينة (ولا تاريخ) معهما (سقطا) اى البرهانان مطلقا سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا (وتترك الدار فى يد ذى اليد) بغير قضاء وهذا عندهما وعند محمد يقضى بالبينتين فيقضى بها للذى اليد ان ذكروا القبض وان لم يذكروا القبض يقضى بها للخارج

الخ (قوله ولا ترجح) يحتمل ان يقرأ الفعل بالتذكير أو التأنيث فعلى الاول يعود الضمير المستتر على الحكم وعلى الثاني يعود على الدعوى الى هذا أشار العيني (قوله بزيادة عدد الشهود) لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة في العلل ولذلك قلنا ان الخبرين اذا تعارضا لا يترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر بل بما به يتأكد معنى الحجة فيه وهو الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يترجح المشهور بكثرة روايه على الشاذ لظهور زيادة القوة فيه من حيث الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم ويترجح بفقه الراوى وحسن ضبطه واتقانه لانه يتقوى به معنى الاتصال برسول الله صلى الله عليه وسلم على الوجه الذى وصل الينا بالنقل وكذلك الآيتان اذا وقعت المعارضة بينهما لا تترجح احداهما بآية أخرى بل بقوة في معنى الحجة وهو انه نص مفسر والآخر مؤول وكذلك لا يترجح أحد الخبرين بالقياس فعرفنا ان ما يقع به الترجيح هو ما لا يصلح علة للحكم ابتداء بل ما يكون مقويا لما به صارت العلة موجبة للحكم غاية البيان (قوله وعدالتهم) مراده ان احدى البينتين لا تترجح على الاخرى بكثرة العدالة الخ فليس المراد بالعدالة أصلها وسيأتي في كلامه ما يدل على ذلك وهو قوله وعند مالك يقضى لاعدل البينتين (قوله وعند الاوزاعى الخ) وهو مذهب الشافعي في القديم وبعض المالكية عيني والاوزاعى مجتهد بالشام معاصر لابى حنيفة (قوله وعند مالك يقضى لاعدل البينتين) قلنا العبرة لاصل العدالة فلا ترجيح بزيادتها اذ لا حد للأعدلية (قوله فللاول ربعها والباقي للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد في النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما في النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعى الكل ثلاثة الارباع ولمدعى النصف الربع وهذا عند أبي حنيفة بطريق المنازعة (قوله وقالا تقسم الدار بينهما اثلاثا) بطريق العول والمضاربة لان في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين وتعول الى ثلاثة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه بسهمين وصاحب النصف بسهم واحد واعلم ان انواع القسمة اربعة ما يقسم بطريق العول اجماعا وبطريق المنازعة اجماعا وبطريق المنازعة عنده والعول عندهما وعكسه كما بسطه الزيلعى والعينى وتمامه في البحر (قوله نصفها على وجه القضاء) وهو الذى كان بيد صاحبه لانه اجتمع فيه بينة الخارج وبينة ذى اليد وبينة الخارج أولى فيقضى له بذلك درر (قوله ونصفها لا على وجه القضاء) وهو الذى كان بيده لان صاحبه لم يدعه ولا قضاء بلا دعوى فيترك في يده درر والضمير البارز في قوله وهو الذى كان بيده يرجع لمدعى الكل شيخنا (قوله قضى لمن وافق سنها تاريخه) لشهادة الظاهر ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما أو في يد أحدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذى اليد ان كانت في يد أحدهما ولهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث زيلعى (قوله اى تاريخ البينة) وذكر المصنف الضمير لتأويل البينة بالبرهان شيخنا (قوله فلهما) لان احدهما ليس اولى من الآخر لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصارا كأنهما لم يؤرخا عينى (قوله هذا اذا ادعى خارجان) اسم الاشارة راجع لتقييد الاطلاق في قول المصنف فلهما أى انما يقضى بها لهما ان اشكل سنها ولم يوافق أحد التاريخين اذا ادعى خارجان وذو يد الى هذا اشار شيخنا واعلم ان موافقة السن احد التاريخين تستلزم اختلاف التاريخ حتى لو لم يختلف التاريخ بان ارخا تاريخا واحدا يقضى بها لهما أيضا وان لم يشكل بان وافق التاريخين (قوله وان وافق وقت ذى اليد أو اشكل) او خالف في الاصح شيخنا (قوله وان خالف سن الدابة الوقتين) يعنى في الخارجين كما في العناية ومثله ما لو كان ذا ذى يد فهو تصريح بمفهوم المتن كذا بخط شيخنا (قوله بطلت البينتان) لظهور كذب الفريقين فتترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في أيديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذى اليد عينى (قوله وفى المبسوط الخ) وهو الاصح كما في العناية واراد بالفصلين ما اذا كانت سن الدابة مشكلة وفيما اذا كانت على غير الوقتين وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا لا يقضى بها بينهما نصفين

(ولا ترجح بزيادة عدد الشهود) وعدالتهم حتى لو أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وعند الاوزاعى يقضى لاكثرهما عددا وعند مالك يقضى لاعدل البينتين (دار في يد) رجل (آخر) أى خالد (ادعى رجل) أى زيد مثلا (نصفها و) ادعى رجل (آخر) أى بشر مثلا (كلها وبرهنا) على ذلك (فللاول) وهو مدعى النصف (ربعها والباقي للآخر) أى مدعى الكل وقالا تقسم الدار بينهم اثلاثا ثلثاها لمدعى الكل وثلثها لمدعى النصف (ولو كانت في ايديهما) أى في ايدى مدعى النصف ومدعى الكل (فهى للثانى) أى الدار كلها لمدعى الكل نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء (ولو برهنا على نتاج دابة وارخا) تاريخا (قضى لمن وافق سنها تاريخه) أى تاريخ البينة (وان اشكل ذلك) أى لا يعلم سنها (فلهما) هذا اذا ادعى خارجان النتاج اما اذا ادعى الخارج وذو اليد النتاج واقاما بينة وذكرا تاريخا فان وافق سن الدابة وقت الخارج قضى له وان وافق وقت ذى اليد أو اشكل قضى لذى اليد وان خالف سن الدابة الوقتين أى لا يوافق تاريخ هذا ولا تاريخ ذلك بطلت البينتان هكذا ذكر الحاكم في مختصره وفى المبسوط الدابة بينهما في الفصلين

عناية (قوله ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة الخ) قد تكرر من صاحب البحر ذكر هذه المسئلة في هذا الباب وعزاها للمنية ثم ذكرها فيما بعد من هذا الباب أيضا معزوة الى الخلاصة وعذره الذهول عن ذكر المصنف لها والا لاكتفى بذكر المصنف (قوله فهو بينهما) لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق عيني بخلاف ما اذا خالف بالفعل بلا جحود ثم عاد الى الوفاق (قوله أحق من أخذ اللجام والكم) فيه لف ونشر مرتب (قوله فالراكب واللابس اولى) لان تصرفهما اظهر الا ان يقيما البينة وكذا اذا كان احدهما راكبا والآخر رديفا فالدابة تكون للراكب كما في الهداية وجرى عليه في التنوير وغيره كالعيني لكن نقل الاتقاني عن الاسبيجابي في شرح الطحاوي انه اذا كان أحدهما في السرج والآخر خارج السرج يقضى به بينهما بالاجماع وروى عن أبي يوسف انه يقضى بها للراكب في السرج ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة احدهما في السرج والآخر رديف ادعياها فهي لراكب السرج فان كانا في السرج فهي بينهما نصفان قال الشيخ الشلبي فعلم مما ذكره في شرح الطحاوي والاجناس ان الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفين وان كان احدهما رديفا وما في الهداية فذاك على رواية النوادر انتهى ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ماسك بلجامها قالوا ينبغي ان يكون الماسك اولى ولو تنازعا في بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان لا بطريق القضاء وكذا اذا كانا جالسين عليه بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما عيني واعلم ان ما ذكره العيني هنا بلفظ ينبغي ذكره في شرحه على الهداية معزوا للذخيرة بلا لفظ ينبغي بل جزم به من غير تردد (قوله احق من الغير) اما الاولى فلان صاحب الحمل هو المتصرف فيها التصرف المعتاد كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبا والآخر ممسكا بذنبها وآخر يجذف فيها وآخر يمدها فهي بينهم الا من يمدها فانه لا يد له فيها وأما الثانية فلان صاحب الجذوع هو المستعمل لان البناء يبنى للجذوع عادة ولو كان لكل منهما ثلاثة جذوع فهو بينهما ولا تعتبر الكثرة ولا القلة بعد ان تبلغ ثلاثا لان الحائط يبنى للسقف وذلك لا يحصل غالبا بدون الثلاث فصار الثلاث كالنصاب ولو لاحدهما ثلاث وللآخر دون الثلاث فهو لصاحب الثلاثة وروى عن الامام انه بينهما ولصاحب الجذع او الجذعين حق الوضع فلا يؤمر بالقلع لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق الا اذا ثبت بالبينة ان الحائط لصاحب الجذوع ولو لاحدهما جذع دون الآخر قيل لصاحب الجذع وقيل بينهما وأما الثالثة فلان الاتصال يدل على انهما بنيا في وقت واحد فترجح به عيني وقوله يجذف أي يقذف بالذال والجيم قال في المغرب جذف يجذف من باب ضرب اذا حرك وقال الكسائي جذف الطائر يجذف جذوفا اذا كان مقصوصا فرأيته اذا طار كانه يرد جناحيه الى خلفه قال الاصمعي ومنه سمي مجذاف السفينة وجناحا الطائر مجذافا قال ابن دريد مجداف السفينة بالدال والذال جميعا لغتان فصيحتان صحاح الجوهري (قوله فصاحب الحمل احق) فلو الحمل لهما استويا وان كان مال أحدهما اكثر عيني (قوله فصاحب الجذوع أولى) فان كان له عليه هراوى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب الجذوع لكنه لا يؤمر بدفع الهراوى والبوارى عيني وذكر في الدر عن الخانية ما نصه ولا يختص به صاحب الهراوى بل صاحب الجذع الواحد أحق منه انتهى والهراوى خشبات توضع على الجذوع والبوارى الحصر التي توضع عليها (تتمة) حق المطالبة برفع جذوع وضعت تعديا لا يسقط بابراء ولا صلح وعفو وبيع واجارة درعن الاشباه (قوله فصاحب الاتصال أحق) حيث لم يكن للآخر اتصال لان الظاهر انهما بنيا معا فكان صاحب الاتصال أسبق ملكا من الآخر فترجح به دعواه وأما اذا كان المتنازع فيه في تصرف المدعى عليه ويده فهو أحق من صاحب الاتصال كذا بخط شيخنا (قوله والمراد بالاتصال الخ) يريد به اتصال التربيع فاتصال الملازقة غير معتبر كما في التنوير (قوله طرفه في يده) لو أبقى المتن على اطلاقه ليشمل

(ولو برهن احد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) أي اذا كان العبد في يد رجل وأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما نصفان (والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم) أي اذا تنازعا في دابة أو قميص احدهما راكبها أو لابسه والآخر متعلق باللجام او الكم فالراكب واللابس اولى (وصاحب الحمل والجذوع والاتصال احق من الغير) أي اذا تنازعا في دابة ولاحدهما عليه حمل فصاحب الحمل أحق أو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه جذوع فصاحب الجذوع أولى واذا كان لرجل حائط متصل ببنائه فصاحب الاتصال أحق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وان كان الحائط من الخشب فالاتصال بان تكون ساجة احدهما مركبة في الاخرى (وثوب طرفه في يده وطرفه) الآخر (في يد) شخص (آخر

مالو كان الذى فى يدها كثر مما فى يد الآخر كان أولى اذ الحكم هو التنصيف بينهما لا يختلف لان الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة الاستحقاق (قوله نصف الثوب بينهما) لان يد كل منهما ثابت فيه ولا معتبر بالكثرة فى احدهما لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا كان فى يد الآخر الهدبة اذ هى غير منسوجة فلم يكن فى يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر عينى (قوله فهو على الخ) فهو على القول معناه يعدو يقصر (قوله فالقول له) لانه فى يد نفسه فلا تقبل دعوى أحد عليه انه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ درر عينى وفى كلام المصنف ادخال الفاء فى خبر المبتدا الذى ليس هو من صيغ العموم وهو مما منعه الجمهور واجازه الاخفش وقد يقال ان الخبر محذوف وما ذكر معطوف عليه والتقدير صبى يعبر عن نفسه ادعى عليه انه عبد فقال الخ كذا قيل وتعقب بأن المبتدأ هنا نكرة موصوفة بجملة وهى من صيغ العموم (قوله لفلان) أى غير ذى اليد بدليل قول الشارح والذى هو فى يده يدعى الخ (قوله فهو عبد للذى الخ) لانه أقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق لا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبى فكيف يصح اقراره به لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبى بل بدعوى ذى اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار فى يد المدعى بقى كالقماش فى يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل فى الآدمى الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه فى يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط انه عبده وان كان فى يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه بطل وثبوت اليد عليه دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل زيلعى (قوله أو صبى لا يعبر) معطوف على المبتدا او على فاعل قال وعلى الاول فيقول ومقوله محذوفان وعلى الثانى المحذوف هو المقول ولو قدر الشارح كان واسمها العائد على صبى فقال أو كان الصبى الخ لاستغنى كلام المصنف عن التقدير وان كان حذف كان واسمها مع غير ان ولو قليلا ويلزم على تقدير الشارح التسوية بين من يعبر عن نفسه ومن لا يعبر فى ان الحكم برقه موقوف على اقراره وليس كذلك لان من لا يعبر عن نفسه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لذى اليد ان ادعاه لعدم المعارض وأما من يعبر فهو فى يد نفسه فيعتبر اقراره كذا قيل وفيه نظر لان اعتراضه مبنى على اعتبار مفهوم الشرط وهو غير معتبر عندنا على ان القائل باعتباره انما يقول به اذا لم يكن مفهوم المخالفة أولى بالحكم أو مساويا وهنا سكوت من لا يعبر مساو لقوله لعدم اعتبار اقراره (قوله فالساحة نصفان) لان كلا من المالك يحتاج اليها للاستعمال فى انواع المرافق من المرور فيها والتوضؤ وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك وهما فى ذلك سواء فتنصف بينهما كالطريق لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة بخلاف ما اذا تنازعا فى الشرب حيث يقسم بينهما على قدر اراضيهما لان الاحتياج اليه لاجل السقى فعند كثرة الاراضى تكثر الحاجة عينى واعلم ان القسمة على الرؤس فى الساحة والشفعة وأجرة القسام والنوائب أى الهوائية المأخوذة ظلما والعاقلة وما يرمى من المركب خوف الغرق والطريق كذا بخط الشيخ شاهين (قوله لكن لبن) بتشديد الباء أو التخفيف مع الاضافة الى قوله أحدهما فيها أى ضرب فيها اللبن وهو الطوب النىء على الاول أو كان لبنه موضوعا فيها على الثانى حموى وأقول ما ذكره من الاحتمال الثانى يأباه قول المصنف أو بنى حيث ذكره بصيغة الفعل بدليل رسمه بالياء لا بالالف وتجريده عن الضمير ولهذا اقتصر العينى على التشديد (قوله فهى فى يده) لان اليد فى الارض غير مشاهدة فلا تثبت بمجرد دعواهما بل ببينة او تصرف مما ذكر كالتلبين او البناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل انها بيده ثم ان تصادقا انها فى أيديهما أو فى يد أحدهما لم يقض بلا بينة لاحتمال تواضعهما على ذلك عينى (قوله كما لو برهن انها فى يده) فانه يقضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وان برهنا على انها فى أيديهما قضى بها لهما فان طلبا القسمة لم تقسم

بينهما

نصف) الثوب بينهما (صبى)
فى يد رجل (يعبر عن نفسه) أى يعقل
فهو ما يجرى على لسانه (فقال)
الصبى (انا حر) وانكر صاحب اليد
(فالقول له) أى الصبى (وان قال
الصبى العاقل (انا عبد لفلان) والذى
هو فى يده يدعى انه عبده فهو عبد
للذى هو فى يده (أو) صبى (لا يعبر
عن نفسه فهو عبد لمن فى يده) فى
المسئلتين (عشرة ابيات من دار فى يده
وبيت فى يد) رجل (آخر) تنازعا
فى الساحة (فالساحة نصفان) بينهما
(ادعى كل) واحد من المدعيين
(ارضا انها فى يده) ولا بينة لهما
(و) لكن (لبن احدهما فيها أو بنى)
احدهما فيها (او حفر فهى فى يده
كما لو برهن انها فى يده

بينهما مالم يقيما البينة على الملك قبل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم عيني

(باب دعوى النسب)

لما فرغ من دعوى الاموال شرع في دعوى النسب لان الاول أكثر وقوعا فكان أهم ذكرا عناية والدعوة الى الطعام بالفتح وفي النسب بالكسر وقد يعكس وأما في الحرب فبالضم نهاية ثم الدعوة في النسب على ثلاثة أنواع دعوة استيلاد وهي التي تستند الى وقت العلوق بان يكون العلوق في ملكه ودعوة تحرير وهي التي تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق في ملكه ودعوة شبهة وهي دعوة الاب ولد أمة ابنه فيثبت منه النسب وان لم يصدقه ابنه بشرط ان تكون الامة في ملك ابنه من حين العلوق الى حين الدعوة (قوله لاقل مدة الحمل) أي من ستة أشهر في هذا المزج نظر لانه جعل من في كلام المصنف بيانية وجعل صلتا فعل محذوفة من كلام المصنف فصار مفاده انها جاءت به لاقل مدة الحمل التي هي ستة أشهر وهذا فاسد لانها اذا جاءت به لستة أشهر لا تصح دعوة البائع ان لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد حموي (قوله فادعاه البائع فهو ابنه) بشرط ان لا يسبقه المشتري في الدعوة كما سيذكره الشارح قريبا والحاصل ان البائع اذا ادعى ولد المبيعة فلا يخلو اما ان تجيء به لاقل من ستة أشهر أم لا والثاني لا يخلو اما ان تجيء به لاقل من سنتين أم لا ثم ذلك لا يخلو اما ان يصدقه المشتري في الدعوة أم لا وكل ذلك لا يخلو اما ان يسبقه المشتري في الدعوة أم لا بأن ادعاه مع البائع أو بعده أو لم يدع أصلا وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون الولد المدعى نسبه حيا أو ميتا والاول لا يخلو اما ان يوقع المشتري به ما لا يمكن نقضه كالعتق والتدبير أو ما يمكن كالبيع والكتابة والرهن والاجارة والهبة أم لا وكذلك الام على هذا التقسيم اما أن تكون وقت الدعوة حية أو ميتة فان كانت حية فاما ان يكون المشتري اوقع بها ما لم يمكن نقضه وهو العتق والتدبير أو ما يمكن وهو البيع والكتابة والرهن والاجارة والهبة والتزويج اذا عرف هذا فنقول اذا ادّعى البائع ولد المبيعة ينظر اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وهو حي لم يتصف بالعتق أو التدبير ولم يسبقه المشتري في الدعوة ثبت النسب من البائع مطلقا صدقه المشتري أم لا فالتقييد بالحياة للاحتراز عن الوفاة حيث لا يثبت نسبه لان الحقوق لا تثبت للميت ابتداء ولا عليه والتقييد بعدم اتصافه بالعتق او التدبير للاحتراز عما اذا كان الولد عند الدعوة عتيقا أو مدبرا بان اعتقه المشتري أو دبره حيث لا يثبت نسبه أيضا لان ثبوت نسبه يستلزم نقض عتقه أو تدبيره وكل منهما بعد وقوعه لا ينتقض بخلاف ما اذا ادعى نسبه بعد ان باعه المشتري أو كاتبه أو رهنه او وهبه أو أجره حيث يثبت نسبه وتنتقض هذه التصرفات والتقييد بعدم سبق المشتري البائع في الدعوة للاحتراز عما اذا ادعاه قبله فان النسب منه يثبت ولا يتصور بعده ثبوت النسب من البائع بخلاف ما اذا ادعاه معه أو قبله حيث لا تعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع لان دعوة البائع أقوى لاستنادها الى وقت العلوق بخلاف دعوة المشتري فانها تقتصر ولا تستند لعدم كون العلوق في ملكه فيفرق بين ما اذا ادعاه بعد موته او عتقه أو تدبيره وبين ما اذا ادعاه بعد كتابته أو رهنه أو نحو ذلك ففي الثاني يثبت النسب لا في الاول بخلاف ما اذا ادعاه بعد موت أمه أو عتقها أو تدبيرها حيث لا يفترق الحال في ثبوت النسب بين موتها وعتقها وتدبيرها وبين كتابتها واجارتها وتزويجها ونحو ذلك مما سبق الكلام عليه بل يثبت نسب ولدها بالدعوة مطلقا ولا يمنع منه ثبوت هذه الاوصاف لامه غيرانه في الوجه الاول أعني الموت وأخويه لا يثبت لها أمومية الولد أما في الموت فلما سبق من ان الميت لا يثبت له الحقوق ابتداء ولا عليه وأما في العتق ونحوه فلان ثبوت أمومية الولد لها يستلزم نقض العتق وهو بعد وقوعه لا ينتقض وفي الوجه الثاني أعني الكتابة واخواتها يثبت لها أمومية الولد بالتبعية لثبوت نسب الولد لعدم المانع

(باب دعوى النسب)
(ولدت) امة (مبيعة لاقل مدة الحمل)
أي من ستة أشهر (منذ بيعت فادعاه
البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ
البيع ويرد الثمن) الى المشتري

لان الكتابة ونحوها تنتقض ضمن ثبوت الاستيلاد لها هذا كله اذا ادعى نسبه والحال انها قد جاءت به لاقل من ستة أشهر فان جاءت به لاكثر ردت دعوته الا ان يصدقه المشترى فان صدقه ثبت منه النسب سواء جاءت به لاقل من سنتين أو لاكثر منهما وهل يثبت لامه الاستيلاد فينتقض البيع ويرد الثمن أم لا ان جاءت به لاقل من سنتين انتقض البيع وثبت لها الاستيلاد فتصير أم ولد البائع ويرد الثمن والا فلا (قوله مطلقا) أى سواء صدقه المشترى ام لا فهو فى مقابلة لتفصيل الآتى عن زفر والشافعى (قوله وبه أخذ زفر والشافعى) كذا فى عامة الكتب كالزيلعى وغيره خلافا لما فى شرح العينى حيث جعل هذا قول الائمة الثلاثة ووجه القياس تناقض البائع لان اقدامه على البيع كالاقرار بان الولد عبد فدعواه نسبه يكون متناقضا ودعوى المتناقض لا تسمع ووجه الاستحسان انه تناقض فى محل الخفاء فيغتفر لان النسب يبتنى على العلوق وفيه من الخفاء مالا يخفى ونظيره المختلعة تدعى الطلاق وتريد الرجوع بالبدل مدعية انه طلقها قبل الخلع تسمع دعواها وان كانت متناقضة لان اقدامها على الخلع كالاقرار بقيام العصمة لكن لما كان التناقض فى محل الخفاء جعل عفوا لان الزوج يستقل بالطلاق فلعله طلق ولم تعلم فاذا أقامت البينة على الطلاق قبلت وكذا المكاتب يدعى على المولى بعد اداء البدل انه أعتقه قبل الكتابة تسمع وان كان بدعوى العتق متناقضا لكنه فى محل الخفاء فيعذر لان المولى يستقل بالعتق فاذا أقام البينة عليه تقبل ويحمل على عدم علمه بالعتق وقت الكتابة فيرجع بما أدى من البدل (قوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده) واصل بما قبله ووجه تقديم دعوة البائع على دعوة المشترى سبق بيانه لكن لو حذف المصنف قوله أو بعده لكان أولى لانه معلوم بطريق الاولى وتذكير الضمير فى قوله قبله أو بعده مع ان المرجع مؤنث لتأويل الدعوة بالادعاء (قوله لا يثبت النسب من البائع) لاستغنائه بثبوت نسبه من المشترى ولان النسب لا يحتمل الابطال زيلعى (قوله بل من المشترى) لوجود ملكه وتثبت أميتها باقراره وقيل يحمل على انه نكحها واستولدها ثم اشتراها در وقوله وتثبت أميتها أى أمية الولد لها (قوله ويرد الثمن كله عند أبى حنيفة) لانه تبين انه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى لانها غير متقومة عنده كالحرة ولهذا لا تضمن بالغصب عنده عينى (قوله وعندهما يرد حصة الولد فقط) ولا يرد حصة الام لتقومها عندهما فتضمن بالغصب والعقد فيضمنها المشترى فاذا رد الولد دونها يجب على البائع رد حصة ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب رد حصة الام قال الزيلعى هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغى ان يرد البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله انتهى قال العلامة المقدسى لعل مرادهم ما ذكره بناء على ان الغالب تساوى الثمن والقيمة انتهى وانما لم يكن موتها مانعا من ثبوت نسب الولد لانه هو الاصل فى النسب لانها تستفيد الحرية من جهته ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها فالثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة اقوى من الحق فتستتبع الادنى ولا يضره فوات التبع درر والحديث ذكره عليه الصلاة والسلام حين ولدت مارية القبطية ولده ابراهيم فقيل له ألا تعتقها فقال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها غاية البيان (قوله بخلاف موت الولد) لتعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت للميت ولا عليه كما سبق واذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بحالها اتقانى (قوله حتى لو حبلت أمة فى يد رجل فباعها فولدت الخ) تقييده ببيعها قبل الولادة لا للاحتراز عن بيعها مع ولدها بعد الولادة اذ الحكم لا يختلف بل لان الكلام فى دعوة ولد المبيعة وذا انما يكون بالولادة بعد البيع والباء من حبلت مكسورة لان فعله من باب طرب شيخنا (قوله فهو ابنه يحكم بحريته) ولا تصير أمه ام ولد للبائع لان عتق المشترى فيها لا ينتقض وليس ثبوت الاستيلاد للام من ضروريات ثبوت

النسب

مطلقا والقياس ان لا يثبت النسب من البائع اذا لم يصدقه المشترى وبه أخذ زفر والشافعى (وان ادعاه المشترى معه او بعده) وانما قيد بهما لانه لو ادعاه المشترى أولا ثم ادعاه البائع لا يثبت النسب من البائع بل من المشترى (وكذا ان ماتت الام) فادعاه البائع وقد ولدت لاقل من ستة اشهر يثبت نسب الولد وأخذه البائع ويرد الثمن كله عند أبى حنيفة وعندهما يرد حصة الولد فقط (بخلاف موت الولد) أى ان مات ثم ادعاه البائع والمسئلة بحالها لم يثبت نسبه منه (وعتقهما كموتهما) أى عتق الولد والمبيعة حتى لو حبلت امة فى يد رجل فباعها فولدت فى يد المشترى لاقل من ستة اشهر منذ باعها واعتق المشترى الام فادعاه البائع فهو ابنه يحكم بحريته

النسب للولد لان ثبوت نسب الولد ينفك عن الاستيلاد كما فى ولد المغرور وولد الامة المنكوحة زيلعى لكن ولد المغرور حر بالقيمة وكذا ولد الامة المنكوحة اذا اشترط زوجها حرية اولاده والا فهو رقيق تبعا لامه (قوله ويرد عليه بحصته من الثمن عندهما) لان المبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاق المشترى فيها (قوله وعند محمد) كذا فى النسخ التى وقفت عليها وصوابه وعند أبى حنيفة يرد بكل الثمن لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعتق فيؤاخذ بزعمه وهذا قول بعض المشايخ وصححه فى الهداية تبعا لشمس الائمة السرخسى وهو خلاف الرواية ولهذا نظر فيه الاتقانى بان محمدا نص عن الامام فى الجامع الصغير وفى الاصل ان الولد يرد بالحصة من الثمن وكذا الكرخى والطحاوى كل منهما فى مختصره وكذا شمس الائمة البيهقى فى الشامل والكفاية وأبو الليث فى شرح الجامع الصغير فظهر ان ما جرى عليه فى الهداية مرجوح وان صححه كما ذكره عزمى زاده وكيف يقال يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل فى الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط كما فى الزيلعى والفرق على هذا بين الموت والعتق أن القاضى كذب البائع فيما زعم من كونها أم ولده حيث جعلها معتقة من المشترى فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب فى فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها أيضا در عن الكافى وطريق رد حصة الولد فى اعتاق المشترى الام ثم دعوة البائع الولد ان يقسم الثمن على قيمتهما وتعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت فى ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة شيخنا (قوله فدعوته لا تصح لا فى حق الولد ولا فى حق الام) أما الولد فلانها ان صحت بطل اعتاقه والعتق بعد وقوعه لا يحتمل البطلان وأما الثانى فلانها تبع له فاذا لم تصح فى حق الاصل لم تصح فى حق التبع ضرورة درر وتقدم غير مرة ان التدبير كالاعتاق وينبغى ان يكون الاستيلاد كذلك ولم أره حتى لو استولد المشترى ولد المبيعة بان كان أنثى فادعاه البائع لا يثبت نسبه مطلقا وان جاءت به لاقل من ستة أشهر لانه لو ثبت نسبه ينتقض الاستيلاد وهو كالعتق بعد ثبوته لا ينتقض (قوله وان ولدت لا كثر من ستة أشهر الخ) لو أبدل هذه العبارة بقوله وان ولدت لستة أشهر فأكثر لكان اولى لانه ان ادعاه والحال انها جاءت به لتمام ستة اشهر ردت دعوته أيضا الا ان يصدقه غاية البيان وحموى عن وجيز الجامع الكبير (قوله ولاقل من سنتين او على تمام السنتين) ولو ولدت لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع اذ لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وان صدقه أى المشترى البائع يثبت النسب اذ عدم ثبوته لرعاية حقه وان صدقه زال ذلك المانع ولم يبطل بيعه للجزم بان العلوق ليس فى ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه لانه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وكانت ام ولده نكاحا ولو ولدت فيما بين الاقل والاكثر وصدقه المشترى كان الحكم كالاول يعنى يثبت نسبه وأموميتها ويفسخ البيع ويرد الثمن درر ولو تنازعا فالقول للمشترى اتفاقا وكذا البينة عند الثانى خلافا للثالث در عن الشرنبلالية والحاصل ان رد الدعوى فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر لولا التصديق لا فرق فيه بين ما اذا جاءت به لاقل من سنتين او لاكثر وانما الفرق بينهما من جهة ثبوت الاستيلاد للام بعد التصديق ونقض البيع فيها ورد الثمن فلو ابقى الشارح كلام المصنف على اطلاقه متنا ولا لما لو جاءت به لاكثر من سنتين كالزيلعى لكان اولى (قوله ردت دعوة البائع) لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه يتبين الان يصدقه المشترى فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة أم ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه زيلعى (قوله فحينئذ يثبت النسب) ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامرها على الصلاح حموى وأقول هذا سهو ظاهر لان الحمل على الاستيلاد نكاحا انما هو فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين كما قدمناه عن الدرر ووجه الحمل على الاستيلاد نكاحا التيقن بتأخر العلوق عن البيع فيحمل عليه كما ذكره الزيلعى ولانه لو حمل على الاستيلاد نكاحا لم يثبت لها أمومية الولد فثبوت الاستيلاد لها يعين الحمل على الاستيلاد بملك اليمين والى ذلك يشير قول الشارح والامة أم ولده (قوله يثبت نسبهما) لانهما خلقا من ماء واحد فثبوت نسب أحدهما يستلزم ثبوت نسب الآخر (قوله

ويرد عليه بحصته من الثمن عندهما وعند محمد يرد بكل الثمن ولو اعتق الولد فادعاه البائع فدعوته لا تصح لا فى حق الولد ولا فى حق الام (وان ولدت لاكثر من ستة اشهر) من وقت البيع ولاقل من سنتين أو على تمام السنتين (ردت دعوة البائع الا ان يصدقه المشترى) فحينئذ يثبت النسب منه ويبطل بيع الامة والولد حر والامة أم ولده (ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) والتوأمان ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر (وان) ولدت توامين ثم (باع احدهما واعتقه المشترى)

والتوأمان الخ) يقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توأم وهما زوج خطأ اتقانى عن المغرب (قوله ثم ادعى البائع نسب الآخر) وحيلة اسقاط دعوة البائع ان يقر البائع انه ابن عبده فلان فلا تصح دعواه أبدا درعن المجتبى (قوله بطل عتق المشترى) جوز فى العناية ان يقرأ بكسر الراء على صيغة اسم الفاعل وعليه فالعتق بمعنى الاعتاق وان يقرأ بفتح الراء مصدر على صيغة اسم المفعول فعلى الاول الاضافة من قبيل اضافة المصدر للفاعل وعلى الثانى للمفعول ووجه بطلان العتق ان دعوى البائع بعده صحت فى الذى لم يبعه وقول العينى فى الذى لم يدع انه ابنه سبق قلم والصواب كما ذكرنا فى الذى لم يبعه ومن ضرورة ذلك ثبوت نسب الآخر لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرى الاصل اذ يستحيل ان يكون أحدهما حر الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه لان العتق لو بطل فيه بطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبائع وانه لا يجوز وههنا ثبتت الحرية فى الذى لم يبعه ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا عينى (قوله وان لم يكن فى ملكه) بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى أمهما وهى حبلى بهما او باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين عينى (قوله والمسئلة بحالها) يعنى أنه باع احدهما فأعتقه المشترى و دعى البائع نسب الآخر (قوله يثبت نسب الولدين منه) لان التوأمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذى عنده بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذى عند البائع ولا يبطل عتق المشترى أى فى الذى عنده ولا يتحقق نقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا استيلاد لافتقار الاستيلاد الى اتصال العلوق بملك المدعى فتقتصر على محل ولايته وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه فقط وليس من ضرورة عتق أحد التوأمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق من عند المشترى عليه حموى عن الرمز (قوله لان هذا دعوة تحرير) لعدم العلوق فى الملك (قوله صبى عند رجل الخ) كونه عنده اتفاقى عينى (قوله فلان الغائب) الظاهر ان التقييد بالغيبة اتفاقى لا احترازى ولهذا ذكر فى الدرر المسئلة مطلقة عن هذا القيد (قوله لم يكن ابنه) لان اقراره بنسبه من الغير يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه عينى (قوله ولكن يعتق عليه) بدعوته لو كان عبداله مؤاخذة له بزعمه (قوله وعندهما اذا جحد العبد الخ) صوابه اذا جحد فلان الخ لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كأنه لم يقر وصار كما اذا أقر بالولاء لغيره فكذبه الغير فادعاه لنفسه بأن أقر المشترى على البائع بالعتق فكذبه فقال اعتقته وللامام انه ثابت النسب فى زعم المقر لان الاقرار لا يرتد برد المقر له فى حق المقر بل يبقى حتى كان للمقر له العود الى التصديق بعد التكذيب وصار كما اذا أقر بحرية عبد غيره فكذبه لغير لا يرتد الاقرار فى حق المقر حتى لو ملكه يوما يعتق عليه مؤاخذة له بزعمه والجواب عن مسئلة الولاء ان نقول لا نسلم أنها اتفاقية بل هى على هذا الاختلاف أيضا ولئن سلمنا انها اتفاقية فنقول انما كان كذلك لان الولاء يقبل الابطال كما فى جر الولاء ألا ترى ان العبد اذا زوج من معتقة فأتت منه بولد كان الولاء عليه لموالى أمه فاذا اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وكذا المعتقة اذا ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاسترقت فأعتقها المشترى الثانى يثبت الولاء له بعد ان كان ثابتا للمعتق الاول بخلاف النسب فانه مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته غاية البيان (فرع) ولد الملاعن لا يثبت نسبه من غيره لتعلق حقه به بتكذيب نفسه شرنبلالية (قوله ولو كان الصبى فى يد مسلم ونصرانى الخ) الظاهر ان المراد به خصوص من لا يعبر عن نفسه حتى لو كان يعبر عن نفسه يعتبر تصديقه وسيأتى من الشارح من باب اقرار المريض بعد قول المتن وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله انه ابنه الخ ما يدل على ذلك (قوله فهو حر ابن النصرانى) لانه يكون حرا حالا ومسلما مآلا لظهور دلائل التوحيد لكل عاقل وفى العكس يثبت الاسلام تبعا ولا تحصل له الحرية مع العجز عن تحصيلها قال فى العناية ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل

ثم ادعى البائع نسب الآخر (بطل عتق المشترى) وثبت نسبهما منه هذا اذا كان اصل العلوق فى ملك البائع وان لم يكن فى ملكه والمسئلة بحالها ثبت نسب الولدين منه ولا يبطل عتق المشترى فى الذى عنده ولا ينقض بيعه لان هذا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد (صبى عند رجل فقال) الذى هو فى يده هو (ابن عبدى) (فلان الغائب (ثم قال) ذو اليد (هو ابنى لم يكن ابنه) ابدا (وان جحد) فلان (ان يكون) الصبى (ابنه) ولكن يعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كذا فى المبسوط وهذا عند أبى حنيفة وعندهما اذا جحد العبد ان يكون ابنه فهو ابن للمولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه (ولو كان) الصبى (فى يد مسلم و) فى يد (نصرانى فقال النصرانى) هو (ابنى وقال المسلم) هو (عبدى فهو حر ابن النصرانى) هذا اذا ادعياه معا كذا فى الظهيرية

التوحيد وان كانت ظاهرة لكن الالفة بالدين مانع قوى ألا ترى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم فى الحضانة ان الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الاديان او يخف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ويمكن ان يجاب بان قوله تعالى ادعوهم لآبائهم يوجب دعوة الاولاد لآبائهم ومدعى النسب أب لان دعوته لاتحتمل النقض فتعارضت الآيتان وكفر الآباء يجحود والاصل عدمه ألا ترى الى انتشار الاسلام بعد الكفر فى الآفاق وبترك الحضانة لا يلزم رقه فيقلع منها بخلاف ترك النسب هنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لامحالة انتهى لكن فى الدر عن ابن الكمال معزيا للتحفة جزم بأنه يكون مسلما الان حكمه حكم دار الاسلام الخ وعليه فلا اشكال (قوله وفيه اشارة الخ) وكذا فى التقييد بقول المسلم هو عبدى اشارة الى انه لو قال هو ابنى يكون ابنه ترجيحا له بالاسلام ونوقض بغلام نصرانى بالغ ادعى على نصرانى ونصرانية انه ابنهما وادعياه مسلم ومسلمة وأقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان فى البنوة ولم يترجح جانب الاسلام وأجيب بان البينتين وان تساوتا فى اثبات النسب لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حقا لنفسه لان معظم المنفعة فى النسب للولد دون الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد وبينة من يثبت حقا لنفسه اولى وفيه نظر لانه أى مايدعيه لنفسه من الحق أضعف من الاسلام فى الترجيح لامحالة والجواب انه يقوى بقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى لكونه يدعى حقا لنفسه عناية (قوله فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى مايبطل حق صاحبه ولا رجحان لاحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه فيكون ابنهما هذا اذا كان لا يعبر عن نفسه والا فهو لمن صدقه عينى (قوله وان لم تشهد قابلة) واصل بما قبله وهذا أى ثبوت النسب منهما اذا ادعياه معا فلو ادعته المرأة فقط هل يثبت نسبه بمجرد قولها اولابد من شئ آخر كشهادة القابلة او تصديق الزوج فيه تفصيل قال فى العناية اذا ادعت امرأة صبيا أنه ابنها فاما أن تكون ذات زوج او معتدة اولا منكوحة ولا معتدة فان كانت ذات زوج وصدقها فيما زعمت انه ابنها منه ثبت النسب منهما بالتزامه فلا حاجة الى حجة وان كذبها لم تجز دعوتها حتى تشهد بالولادة امرأة لانها تدعى تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بالحجة وشهادة القابلة كافية لان التعيين يحصل بها وهو المحتاج اليه اذ النسب يثبت بالفراش القائم وقد صح انه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة وان كانت معتدة احتاجت الى حجة كاملة عند أبى حنيفة الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقالا يكفى فى الجميع شهادة امرأة واحدة وقد مر فى الطلاق وان لم تكن ذات زوج ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وفى هذا لافرق بين الرجل والمرأة ومنهم من قال لايقبل قولها والفرق هو ان الاصل ان كل من ادعى أمرا لايمكن اثباته بالبينة كان القول فيه قوله من غير بينة وكل من يدعى أمرا يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل قوله فيه الا بالبينة والمرأة يمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها مما يشاهد فلابد لها من بينة والرجل لايمكنه اقامة البينة على الاعلاق لخفاء فيه فلا يحتاج اليها والاول هو المختار لعدم التحميل انتهى (قوله ومن اشترى جارية فوطئها ثم ولدت الخ) فى هذا المزج نظر لانه يقتضى ان يكون فاعل ولدت ضميرا مستترا يرجع لقوله جارية مع ان الفاعل فى كلام المصنف اسم ظاهر حموى (قوله ثم ولدت الجارية المشتراة الخ) ليس ثبوت الملك له فيها بالشراء قيدا اذ الحكم وهو وجوب الضمان عليه للمستحق يشمل ثبوت الملك له فيها بسبب آخر كان جعلت اجرة او اتهبها او تصدق بها عليه او اوصى له بها وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت ثم استحقت فلو أبدل المصنف قوله ولدت المشتراة بقوله ولدت المملوكة بملك اليمين أو بملك النكاح لكان أولى وأما رجوع المغرور بما ضمن لايعم هذه الصور بل يقتصر على المشتراة والمجعولة اجرة والمنكوحة بشرط الحرية لا الموهوبة والمتصدق بها والموصى بها (قوله أى ضمن المشترى قيمة الولد) اعلم ان ولد المغرور حر الاصل من غير

وفيه اشارة الى انه لو سبق دعوة المسلم
يكون عبدا له (وان كان صبى فى يد
زوجين فزعم) اى قال الزوج (انه ابنه
من غيرها وزعمت) المرأة (انه ابنها
من غيره فهو ابنهما) جميعا وان لم تشهد
قابلة على الولادة ومن اشترى جارية
فوطئها ثم (ولدت) الجارية المشتراة
ولدا (فاستحقت) الامة بالبينة (غرم
الاب) اى ضمن المشترى (قيمة الولد)

خلاف ولا خلاف انه مضمون على الاب الا ان السلف اختلفوا فى كيفية الضمان فقال عمر بن الخطاب
رضى الله عنه يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية يعنى اذا كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله
وان كان جارية فعليه جارية مثلها وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه عليه قيمته واليه ذهب أصحابنا
فانه قد ثبت بالنص ان الحيوان لا يضمن بالمثل وتأويل الحديث الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة
الجارية ولان النظر من الجانبين واجب دفعا للضرر عنهما فيجعل الولد حر الاصل فى حق أبيه رقيقا
فى حق مدعيه نظرا لهما عناية (قوله يوم التخاصم) لانه يوم منع الولد من المستحق (قوله لا يوم
القضاء) فى حاشية الشيخ حسن ما يخالفه حيث فسر يوم التخاصم بيوم القضاء واستدل عليه بعبارة
الزيلعى وشرح الطحاوى ولا شك ان المغايرة بينهما اظهر لاحتمال تأخر القضاء عن التخاصم بان لم يقم
المستحق البينة فى يوم دعوى الاستحقاق بل فى يوم آخر وكان بين اليومين تفاوت فى القيمة (قوله وقال
الطحاوى الخ) صريح فى المغايرة بين يومى التخاصم والقضاء ويشكل بما نقله الشيخ حسن عن شرح
الطحاوى بما يفيد خلاف ذلك والجمع بينهما ممكن (قوله وهو حر) لانه ولد المغرور والمغرور من وطئ
امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح فولدت فاستحقت لا يقال ينبغى أن يكون الولد مشتركا بينهما لانه حر
الاصل فى حق الاب رقيق فى حق المدعى لانه علق حر الاصل فى حق المدعى أيضا ولهذا لا يكون الولاء له
وانما قدرنا الرق فى حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها عناية (قوله
وان مات الولد ثم استحقت لم يضمن الاب قيمته) لعدم المنع در على ان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة
لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف فى موضعه فاولى أن لا يكون مضمونا عليه
مع عدم الملك حقيقة زيلعى (قوله وان ترك مالا) واصل بما قبله لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم
مقامه فلم تجعل سلامة الارث كسلامة نفسه زيلعى (قوله فيكون المال ميراثا للاب) لانه حر الاصل
فى حقه فيرثه در (قوله وان قتل الاب الولد الخ) لان المنع تحقق بقتله كما فى ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب
زيلعى (قوله فأخذ ديته) انما قيد بذلك لانه ان لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد
أصلا لا حكما ولا حقيقة عزمى عن غاية البيان ولا بد وان يكون المأخوذ من الدية قدر القيمة كما فى الزيلعى
حيث قال وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل (قوله ويرجع بالثمن الخ)
وكذا لو استولدها المشترى الثانى لكن انما يرجع المشترى الاول على البائع الاول بالثمن فقط در
عن المواهب (قوله على بائعه) أى فيما اذا ملكها بالشراء وعلى المستأجر فيما اذا ملكها بالاجارة بأن
جعلت أجرة كما سبق بخلاف الهبة والصدقة والوصية حيث لا رجوع له فيها كما سبق خلافا للامام الشافعى
فانه عنده يرجع لان الغرور قد تحقق من الواهب أو الموصى او المتصدق بايجابه الملك له فيها واخباره
انها مملوكته قلنا مجرد الغرور لا يكفى للرجوع لان من أخبر انسانا ان هذا الطريق أمن فسلكه فأخذ
اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشئ زيلعى وكذا يرجع على المزوج بشرط الحرية قال الزيلعى وكذا
لو زوجه على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد بناء على التزويج وشرط
الحرية فكان المشارط صاحب علة فنزل كالقائل ما أهلك بسبب هذا العقد فعلى بخلاف مجرد الاخبار
بالحرية من المزوج أو منها حيث يكون رقيقا ولا يرجع على المخبر بشئ لعدم الغرور لانه يكون باحد
أمرين بالشرط أو المعاوضة انتهى (قوله لا بالعقر) أى لا يرجع بالعقر الذى أخذه منه المستحق
لانه لزمه باستيفاء منافعها وهى ليست من اجزاء المبيع فلم يكن البائع ضامنا لسلامته صدر الشريعة
ودرر وقوله باستيفاء منافعها على حذف مضاف اى منافع بعضها دل على ذلك قول الزيلعى العقر
عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا (قوله وقال الشافعى يرجع
بالعقر) لانه ضمان لزمه بفوات السلامة وجوابه مامر (قوله وفيه اشارة الخ) أى فى قول المصنف
لا بالعقر حموى

يوم التخاصم لا يوم القضاء ولا يوم الولادة
وقال الطحاوى يغرم قيمة الولد يوم
القضاء (وهو) أى الولد (حر وان
مات الولد) ثم استحقت (لم يضمن
الاب قيمته وان ترك) الولد (مالا)
فيكون المال ميراثا للاب (وان
قتل) الاب (الولد غرم الاب قيمته)
وكذا ان قتله غيره فاخذ ديته يغرم
(ويرجع) المشترى (بالثمن) أى بثمن
الامة (و قيمته) أى قيمة الولد (على
بائعه لا بالعقر) وقال الشافعى يرجع
بالعقر أيضا على البائع وفيه اشارة
الى انه لو استحقت أخذ العقر من
المشترى

*(كتاب

(كتاب الاقرار)

(كتاب الاقرار) قرالشئ اذا ثبت والاقرار الاثبات لما كان متزلزلا وفى الشرع

اعلم ان السكوت نزل منزلة الاقرار فى مسائل منها ما أجاب به شيخنا حين سئل عن شخص أعتق أمته بحضرة أخيه وهو ساكت ثم بعد موته ادعى أخوه ان له حصة فى الامة المعتقة فهل تسمع دعواه فأجاب بان حضوره وقت العتق وسكوته مانع له من الدعوى قال ويشهد لهذا ما قاله فى الكنز باع عقارا و بعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع ومعلوم ان البيع ليس بقيد ولهذا نقل شيخنا عن الشلبى شارح الكنز انه قال فالعتق والوقف كذلك انتهى فعلى هذا متى ثبت ان الخصم عاين ذا اليد يتصرف فى المتنازع فيه تصرف الملاك وهو ساكت عن المعارضة من غير مانع كان ذلك مانعا له من الدعوى فلا تقبل بينته ولا يتقيد حينئذ تركه المعارضة بما اذا مضى عليها خمسة عشر سنة ويحمل قولهم ان الدعوى بعد خمسة عشر سنة لا تسمع الا فى الارث ونحوه على عدم معاينة التصرف فتدبروا علم ان المنع من سماعها بعد خمسة عشر سنة معلول بنهى السلطان قضاته عن سماعها بعد هذه المدة وأما عند عدم النهى فتسمع الا اذا بلغت المدة ثلاثين سنة أو ثلاثا وثلاثين ففى الخلاصة المدعى والمدعى عليه اذا كانا فى موضع واحد ولا مانع وادعى بعد ثلاثين سنة أو بعد ثلاث وثلاثين سنة على ما فى المبسوط والفواكه البدرية لا تسمع دعواه وفى فتاوى العتابى لا تسمع الدعوى بعد ستة وثلاثين سنة الا ان يكون المدعى غائبا أو صبيا أو مجنونا وليس لهما ولى أو المدعى عليه أميرا جائرا يخاف منه قال شيخنا وهذا ليس على اطلاقه لانه فى صرة الفتاوى نقلا عن فتاوى العتابى استثنى الارث والوقف واعلم انه اذا ثبت المانع من سماع الدعوى فى حق شخص يثبت فى حق وارثه أيضا حتى لو مات شخص بعد ان ترك الدعوى خمسة عشر سنة فادعى وارثه لا تسمع أخذا مما ذكره الشيخ حسن فى رسالة الابراء عن فتاوى ابن الشلبى ونصه أقرت امرأة انها لا تستحق قبل جماعة عينتهم ثم ماتت لا تسمع دعوى ورثتها بحق لمورثهم لقيامهم مقام المورث وهو لو كان حيا لا تسمع دعواه الخ ماذكره بالعز والى اهل المذاهب الاربعة ثم رأيت بخط شيخنا انه اذا رأى رجلا يتصرف فى أرض زمانا ثم مات ولم يدع الرائى حال حياة المتصرف لا تسمع دعواه بعد وفاته وذكر فى الفتاوى من له دعوى فى دار فلم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه وفى منية الفقهاء رأى غيره يبيع أرضا فقبضها المشترى وهو ساكت كان ذلك اقرارا بالملك للبائع الخ (تتمة) الاستشراء والاستيهاب والاستيداع والاستئجار يمنع دعوى الملك لان كلا منها اقرار بان ذلك الشئ ملك لذى اليد والاستنكاح فى الامة يمنع دعوى الملك وفى الحرة يمنع دعوى النكاح وأفاد فى الشرنبلالية ان الاستشراء ونحوه مانع من دعوى الملك لنفسه اتفاقا وهل يكون مانعا من دعوى الملك لغيره فيه خلاف واختلف التصحيح واعلم ان ما سبق من كون الاستئجار مانعا من دعوى الملك لنفسه مقيد بما اذا لم يدع الملكية بشراء وليه فى صغره كما فى الدرر (قوله قرالشئ اذا ثبت) واقره غيره اذا أثبته فالاقرار فى اللغة الاثبات كما فى الزيلعى وهذا أى قولهم أقره اذا كان حسيا فان كان قوليا يقال أقر به حموى (قوله لما كان متزلزلا) أى بين الجحود والثبوت حموى (قوله وفى الشرع الخ) أفاد ان أقر فى استعمال الفقهاء لازم يتعدى بالحرف لتضمنه معنى أخبر وعند اللغويين متعد بالهمزة شيخنا وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ فى الحال واذا ملكها يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار فى ملك الغير صحيح فينفذ فى حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح زيلعى وانما لا يصح بالطلاق مكرها لان الاكراه امارة كذبه

فى اخباره واستفيد من قول الزيلعى أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره الخ انه اذا ادّعى شخص عينا فى يد غيره فشهد له بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها الى المدعى ومن هذا القبيل ما فى الدر عن الاشباه أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه ولا يرجع بالثمن أو بوقفية دار ثم شراها أوورثها صارت وقفا مؤاخذة له بزعمه بخلاف ما اذا غصب ضيعة من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه كما فى الخصاف والفرق ان فعل الغاصب انشاء لا فى غير ملكه فلا يصح لان شرط صحته ملكه له بخلاف الاقرار لكونه اخبارا لا انشاء (قوله هو اخبار) أى فى الاصح وليس بانشاء لصحته فى ملك غيره ولو أقر مريض بماله لاجنبى صح من غير توقف على اجازة وارث وللقول بأنه انشاء فروع تشهد له منها لو رد اقراره ثم قبل لا يصح وكذا الملك الثابت بالاقرار لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له حموى بقى ان يقال فى قول السيد الحموى هو اخبار فى الاصح وليس بانشاء مخالفة لما صرح به فى البحر وجرى عليه فى التنوير من انه اخبار من وجه انشاء من وجه فللاول يصح اقراره بمملوك الغير ويلزمه تسليمه اذا ملكه ولو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح وللثانى لو رد اقراره ثم قبل لا يصح وكذا الملك الثابت بالاقرار لا يظهر فى حق الزوائد المستهلكة فلا يملكها المقر له انتهى من غير ذكر خلاف ومنه تعلم ان ما ذكره السيد الحموى مما يدل على ثبوت الخلاف فيه حيث صحح كونه اخبارا لا انشاء لا يصح عزوه لصاحب البحر كما وقع فى كلام بعضهم فتنبه (قوله على نفسه) قيده بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى زيلعى وأطلق الحق فى قوله هو اخبار عن ثبوت حق للغير ليشمل ما لو كان الحق المقر به من قبيل الاسقاطات كالطلاق والعتاق اذ الطلاق رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح فاذا أقر بالطلاق يثبت للمرأة من الحق ما لم يكن لها من قبل وكذا العبد يثبت له على سيده حق الحرية اذا أقر سيده بعتقه فما قيل من انه يرد على التعريف الاقرار بالاسقاطات كالطلاق والعتاق لعدم الاخبار فيها عن ثبوت حق للغير غير سديد وركنه لفظ أو ما فى حكمه دال عليه وشرطه العقل والطوع لا الحرية والبلوغ لصحة اقرار المأذون فى التجارة وتوابعها بخلاف ما ليس من باب التجارة حيث لا يصح اقرار الصبى به وان كان مأذونا وهذا هو محمل ما قدمناه عن الزيلعى من ان البلوغ شرط صحة الاقرار وسيزداد وضوحا وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء فصح الاقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بالتسليم اليه ولو كان تمليكا مبتدأ لما صح كما فى الدرر وقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم يعنى الخمر القائمة لا المستهلكة اذ لا يجب بدلها للمسلم نص عليه فى المحيط واليه الاشارة بقول صاحب الدرر حتى يؤمر بالتسليم اليه كما فى الشرنبلالية ودليله الكتاب وهو قوله تعالى فليملل الذى عليه الحق أمره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والمراد به الاقرار كما فى الزيلعى والسنة رجم ماعز والغامدية باقرارهما والاجماع لان الامة أجمعت على ان الاقرار حجة فى حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة فى حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى والمعقول لان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا فيما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره فى حق غيره حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وللقضاء ولاية عامة فينفذ فى حق الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده الخ وقوله ولا يصدق على أولاده الخ لانه ثبت لهم حق الحرية أو استحقاقها فلا يصدق عليهم كما فى الدرر (قوله أقر حر) قيد به ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال لا تلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة بخلاف ما اذا أقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على اصل الحرية فى حقهما زيلعى (قوله

(هو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه اذا أقر حر

مكاتب

مكلف) شرط التكليف لان اقرار الصبى والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبى أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله أحد فدخل فى الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعوارى والمضاربات والغصوب فيصح اقراره بها لالتحاقه فى حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز اذا سكر بمحظور لانه لا ينافى الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة وان سكر بمباح كالشرب مكرها لا يلزمه شئ زيلعى والردة كالحدود الخالصة حموى (قوله ولو مجهولا) لان جهالة المقر به لا تضر الا اذا بين سببا تضره الجهالة كبيع واجارة واما جهالة المقر فتضر كقوله لك على أحدنا ألف درهم لجهالة المقضى عليه الا اذا جمع بين نفسه وعبده فيصح وكذا جهالة المقر له ان فحشت كلواحد من الناس على كذا والا كلاحد هذين على كذا فيصح ولا يجبر على البيان لجهالة المدعى در قال فى البحر ولكل منهما أن يحلفه بقى ان يقال مافى الدرمن قوله ولا يجبر على البيان موافق لما فى البحر والزيلعى والعينى وشرح السيد الحموى ويخالفه مافى الدرر عن الكافى حيث قال وان لم يفحش بأن أقر بأنه غصب هذا العبد من هذا أو من هذا فانه لا يصح عند شمس الائمة السرخسى لانه اقرار للمجهول وقيل يصح وهو الاصح لانه يفيد وصول الحق الى المستحق لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ ويقال له بين المجهول لان الاجمال من جهته كما لو اعتق أحد عبديه وان لم يبين اجبره القاضى على البيان ايصالا للحق الى المستحق انتهى وكلام الشرنبلالية يفيد موافقة مافى الدرر من انه يجبر على البيان حيث قال قوله كما لو أعتق أحد عبديه يعنى من غير تعيين أما لو أعتق أحدهما بعينه ثم نسيه لا يجبر على البيان كما فى المحيط (قوله على شئ أوحق) فيه عطف الخاص على العام باو وهو من خصائص الواو وحتى حموى (قوله ويجبر المقر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار لان كثيرا من الاسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرير فى قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان زيلعى (قوله ويبين ماله قيمة) كفلس وجوزة لا مالا قيمة له كحبة حنطة وجلد ميتة وصبى حر لانه رجوع فلا يصح در فلومات قبل البيان توقف فيه الحانوتى قيل وينبغى أن يرجع فيه للوارث انتهى وفيه ان الوارث اذا كان لا يعلم كيف يرجع اليه حموى (قوله نظر ان قال مفصولا الخ) ظاهر كلام الزيلعى والعينى يفيد انه لا يصدق مطلقا ونصه ولو قال أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل انتهى وينبغى انه يصدق فى مثل حق الشفعة أو التطرق ونحوه حموى عن المقدسى (قوله والقول للمقر مع يمينه) لانه المنكر زيلعى (قوله لم يصدق فى أقل من درهم) لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر زيلعى (قوله ومال عظيم نصاب) لانه اقرار بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم فى الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة زيلعى (قوله مطلقا) أى سواء كان غنيا أو فقيرا حموى (قوله هذا قولهما وهو رواية عن أبى حنيفة) قيل وهو الصحيح لانه لم يذكر عددا يوجب مراعاة اللفظ فيه فأوجبنا العظيم من حيث المعنى وهو المال الذى تجب فيه الزكاة عناية (قوله وعنه انه يصدق فى عشرة دراهم) لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويباح به البضع المحترم زيلعى (قوله لو كان فقيرا يصدق فى عشرة الخ) لان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم عناية وزيلعى قال وهو الاصح (قوله ومن الذهب لا يصدق فى أقل من عشرين الخ) وقع فى نسخة السيد الحموى ومن الذهب فى أقل من عشرين بحذف لا يصدق فلهذا قال قوله ومن الذهب عطف على قوله

مكلف بحق صح ولو) كان المحق
(مجهولا كشئ وحق) أى بأن قال
لفلان على شئ أوحق وكذا العبد
المأذون فانه يصح اقراره (ويجبر)
المقر (على بيانه ويبين ماله قيمة)
ولو قال له على حق وقال عنيت به
حق الاسلام نظر ان قال مفصولا عن
قوله له على حق لا يصدق وان كان
موصولا به يصدق كذا فى المحيط
(والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر
له أكثر منه) أى مما بين (وفى مال)
أى فيما اذا قال له على مال
(لم يصدق) المقر (فى أقل من درهم
ومال عظيم نصاب) أى لو قال لفلان
على مال عظيم فان بين انه من الفضة
لم يصدق فى أقل من مائتى درهم
مطلقا هذا قولهما وهو رواية عن أبى
حنيفة وعنه انه يصدق فى عشرة
دراهم وذكر شمس الأئمة السرخسى
الصحيح عنده ان المقر لو كان فقيرا
يصدق فى عشرة وان كان غنيا فعليه
مائتا درهم ومن الذهب يصدق فى
اقل من عشرين مثقالا وفى كل جنس
من اجناس مال الزكاة لا يصدق فى
أقل من قدر النصاب حتى لا يصدق
فى الابل

من الفضة وقوله في أقل الخ متعلق بمحذوف أي لا يصدق في أقل من عشرين انتهى (قوله في أقل من خمس وعشرين) لانه أقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه زيلعي (قوله لا يصدق في اقل من قدر النصاب قيمة) ينظر ما المراد بالنصاب الذي تعتبر قيمته هل هو نصاب الفضة او نصاب الذهب أو نصاب السوائم حموي (قوله ثلاثة نصب) لان اقل الجمع ثلاثة عيني (قوله من جنس ماسماه) وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب و يعتبر الادنى في ذلك التيقن به زيلعي ومنه يعلم الجواب عما توقف فيه السيد الحموي بقوله ينظر ما المراد بالنصاب الخ بأن يقال المراد ادنى النصب من حيث القيمة لان الاقل هو المتيقن (قوله لزمه عشرة) لان العشرة اقصى مايذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه (قوله وعندهما يجب مائتان) وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه كخمسة أوسق في الحنطة عندهما وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم او خطير او جليل لا رواية فيه وقال الجرجاني يلزمه مائتان زيلعي (قوله وعلل البعض) المراد به صدر الشريعة حموي (قوله وفيه اشتباه) وجهه ان العشرة غاية مادل عليه جمع القلة فانه يدل حقيقة على ثلاثة الى عشرة وجمع الكثرة يدل على مافوق العشرة الى غير نهاية فأقله احد عشر و يستعمل كل منهما موضع الآخر مجازا والذي علل به للامام في العناية هو قوله وقال أبو حنيفة الدراهم تمييز يقع به تمييز العدد واقصى ماينتهي اليه اسم الجمع تمييزا هو العشرة لان مابعده يميز بالمفرد يقال احد عشر درهما ومائة وألف درهم فيكون العشرة هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه الخ (قوله ولو قال له على دراهم لزمه ثلاثة) بالاتفاق لانه أقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ و ينصرف الى الوزن المعتاد فان لم يكن فيه وزن معتاد حمل على وزن سبعة لكونه معتبرا في الشرع عناية (قوله ولو قال كذا درهما) لزمه درهم وجهه ان كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر فانه نظير في الاعداد المفسرة حمل على أقل مايكون من ذلك النوع وماليس له ذلك بطل فان قال كذا درهما كان كما اذا قال له على درهم عناية (قوله عليه ديناران) لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شئ آخر قيل وفيه نظر لان كون الواحد ليس عددا في اصطلاح الحساب حموي فان قلت ماذكره في التتمة وفتاوى قاضيخان من لزوم دينارين مخالف لما سبق من قول المصنف وكذا درهما درهم فما الفرق بينهما قلت لا فرق بينهما وانما المسئلة فيها قولان أحدهما ماذكره المصنف والآخر ماحكاه الزيلعي عن التتمة والذخيرة وغيرهما من انه يلزمه درهمان معللا بان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان فظهر ان القائل بلزوم الدينارين في كذا دينارا يقول بلزوم درهمين في كذا درهما كما ان القائل بلزوم درهم يقول بمثله أيضا في مسئلة الدينار الا ترى ان لزوم كل من الدينارين والدرهمين معزى للتتمة والظاهر ان صاحب التتمة لم يذكر مسئلة الدرهم والدينار في موضع واحد بل في موضعين بدليل اقتصار الشارح في العزو اليها على مسئلة الدينار كاقتصار الزيلعي على الدرهم فلا اشكال ثم رأيت في الشرنبلالية ان مافي الهداية من لزوم درهم فيما لو قال كذا درهما يقدم على مافي قاضيخان من انه يلزمه ديناران اذا قال كذا دينارا اذ عند معارضة الفتاوى للمتون تقدم المتون اه بالمعنى فهو نص فيما ذكرناه من ان في كل من مسئلة الدرهم والدينار قولين وانه لا فرق بينهما (قوله وكذا كذا احد عشر وكذا وكذا احد وعشرون) لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد أقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف وأقل عددين كذلك من المفسر احد عشر درهما ومع العطف احد وعشرون ووجوب الاقل في الفصلين لتيقنه به والاصل في الذمم البراءة وان ثلث بغير واو ولم يزد على ذلك أي احد عشر لعدم النظير عناية فيحمل على التكرار در (قوله ولو ربع الخ) ولو خمس زيد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف

في اقل من خمس وعشرين وفي غير
مال الزكاة لا يصدق في اقل من
قدر النصاب قيمة (و) لوقال له على
(اموال عظام) لزمه (ثلاثة نصب)
من جنس ماسماه (و) لوقال له على
(دراهم كثيرة) لزمه (عشرة) من
الدراهم عند ابي حنيفة وعندهما
يجب مائتان وعلل البعض مذهب
الامام بأن جمع الكثرة اقله عشرة
وفيه اشتباه (و) لوقال له على (دراهم)
لزمه (ثلاثة و) لوقال (كذا درهما)
لزمه درهم وذكر في القنية وفتاوى
قاضي فخر الدين ولوقال كذا دينارا
عليه ديناران (و) لوقال له على (كذا
كذا) بغير الواو لزمه (احد عشر
و) لوقال (كذا وكذا) بواو واحد لزمه
(احد وعشرون ولو ثلث) لفظة كذا
(بالواو) فيكون واوان (يزاد مائة)
فيجب مائة واحد وعشرون (ولو
ربع) لفظة كذا بالواو فيكون
ثلاث واوات (زيد الف)

ولو سبع يزاد ألف ألف وهكذا درر (قوله فيجب ألف ومائة وواحد وعشرون) لانه أقل ما يعبر عنه باربعة اعداد مع الواو (قوله فهو اقرار بدين) لان على للايجاب وقبلى ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أى ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال وان وصل به وديعة صدق لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد الحال مجازا فيصح موصولا لا مفصولا عناية ودرر (قوله انه اقرار بالامانة) لان اللفظ ينتظمهما حيث صار قوله لا حق لى قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فيحمل عليها ونقول ان قبلى بمعنى عندى ولو قال عندى يكون اقرارا بالامانة ودعوى ان قبلى ينبئ عن الضمان ممنوعة كذا فى تكملة قاضيخان قال الزيلعى والاول هو المذكور فى المبسوط وهو الاصح لان استعماله فى الدين اغلب واستفيد من العناية ان عادة صاحب الهداية تقديم ما هو الاصح (قوله أو فى كيسى) كذا جيبى كمى عمامتى حزامى صندوقى حانوتى (قوله فهو امانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان تكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن به زيلعى ونوقض بما اذا قال له قبلى مائة درهم دين وديعة أو وديعة دين فانه دين ولم يثبت اقلهما وهو الامانة وأجيب بانه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن واهمالهما لا يجوز وحمل الدين على الوديعة حملا للاعلى على الادنى وهو لا يجوز لان الشئ لا يكون تبعا لما دونه فتعين العكس عناية (قوله فهو اقرار) لان الضمير راجع للالف المذكور وهو موصوف بالوجوب فكانه قال اتزن الالف الواجب لك على وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود بذلك لا يلزمه شئ اما لو ادعى الاستهزاء لا يصدق در (قوله أى لو قال بلا ضمير لا يكون اقرارا) لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فكان كلاما مبتدأ والاصل ان كل ما يصلح جوابا لا ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك كما فى الاختيار قال أليس لى عليك فقال بلى فهو اقرار وان قال نعم لا تنوير وقيل نعم لان الاقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية جوهرة والفرق ان بلى جواب الاستفهام المنفى بالاثبات ونعم جوابه بالنفى درر والايماء بالرأس من الناطق ليس باقرار بمال وعتق وطلاق وبيع ونكاح واجارة وهبة بخلاف افتاء ونسب واسلام وكفر وامان كافر واشارة محرم لصيد تنوير وشرحه وقوله ونسب أى الاشارة من سيد الامة تنزل منزلة صريح الدعوة (قوله لزمه حالا) لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره حجة فى حق نفسه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا أقر بعبد فى يده لغيره وادعى الاجارة لا يصدق فى دعوى الاجارة بخلاف ما اذا أقر بدراهم سود فانه يصدق لان السود صفة فى الدراهم فتلزمه على الصفة التى أقر بها عناية (قوله وحلف المقر له على الاجل) لانه منكر واليمين على من انكر عناية (قوله فيلزمه مائة درهم) قلت مراده مع الدرهم المذكور المفسر للمائة المبهمة قال فى المختار ولو قال له على مائة ودرهم فالكل دراهم وكذا كل ما يكال ويوزن واعلم ان صاحب الدرر ذكر مميز المائة بصيغة الجمع ولفظه اذا قال له على مائة ودرهم لزمه مائة دراهم ودرهم وتعقبه عزمى بان الصواب مائة درهم بالافراد واستدل بما فى المقدمة الحاجبية حيث قال ومميز مائة وألف مخفوض مفرد انتهى واجاب شيخنا بان دعوى التصويب ساقطة وما ذكره ابن الحاجب فى المقدمة هو الكثير وما وقع لصاحب الدرر حيث أضاف المائة الى الجمع قليل وليس بخطأ ومنه قراءة حمزة والكسائى ولبثوا فى كهفهم ثلاث مائة سنين باضافة مائة الى سنين والحاصل ان العدد المضاف على قسمين أحدهما ما لا يضاف الا الى جمع وهو ثلاثة الى عشرة والثانى ما لا يضاف كثيرا الا الى مفرد وهو مائة وألف وتثنيتهما نحو مائتا درهم وألفا درهم الخ (قوله وهو قول الشافعى) لانه عطف مفسرا على مبهم والاصل فى العطف المغايرة ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وهو عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا فى المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها تثبت دينا فى الذمة سلما وقرضا وثمنا

فيجب ألف ومائة وواحد وعشرون
(و) لو قال له (على أو قبلى) ولم يزد على
ذلك فهو (اقرار بدين) وفى نسخ
مختصر القدورى فى قوله قبلى انه
اقرار بالامانة (و) لو قال له (عندى)
أو (معى) أو (فى بيتى) أو (فى صندوقى)
أو (فى كيسى) فهو (امانة قال) له
رجل (لى عليك ألف فقال) الآخر
(اتزنه أو انتقده أو اجلنى به
أو قضيتكه أو احلتك به) على الغير
(فهو اقرار و) بلا كناية) أى لو قال
بلا ضمير (لا) يكون اقرارا (وان
اقر) رجل (بدين مؤجل) بان قال
لك على مائة درهم مؤجل الى شهر
(وادعى المقر له انه حال لزمه) حال
كونه (حالا وحلف المقر له على الاجل)
بانه لم يكن ولو قال له (على مائة ودرهم
فهى دراهم) فيلزمه مائة درهم
ولو قال له على (مائة وثوب يفسر المائة)
أى لزمه ثوب ويرجع اليه فى تفسير
المائة والقياس فى مائة ودرهم كذلك
وهو قول الشافعى (وكذا) لو قال له
على (مائة وثوبان)

بخلاف الثياب ومالا يكال ولا يوزن فان وجوبها لا يكثر في الذمة والثياب وان ثبتت في الذمة في السلم والنكاح الا انهما لا يكثران كثرة القرض والثمن قال شيخنا والمتقارب الذى لا تختلف آحاده بالكبر والصغر كالمكيل والموزون ذكره الاسبيجابي (قوله لزمه ثوبان ويرجع اليه في تفسير المائة) لانها مبهمة درر (قوله حيث يلزمه الكل ثيابا) لانه ذكر عددين مبهمين اعنى مائة وثلاثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير لا يقال الاثواب لا تصلح تفسيرا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحدا وفي على نصف درهم ودينار وثوب يلزمه نصف كل منها وكذا نصف هذا العبد وهذه الجارية لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه أو بعينه بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار والدرهم كله درر وزيلعى وأصله ان الكلام اذا كان كله على شئ بعينه او كان كله على شئ بغير عينه فهو كله على الانصاف وان كان أحدهما بعينه والآخر بغير عينه فالنصف على الاول منهما شرنبلالية لكن قال العلامة المقدسى بعد ان عزا وجوب كل الدرهم لتبيين فيه ان هذا على تقدير جر درهم مشكل أما في الرفع أو السكون فسلم انتهى (قوله اقر بتمر في قوصرة) وكذا لو أقر بثوب في منديل او طعام في سفينة أو حنطة في جوالق ووجهه ان غصب الشئ وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة لان من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع عناية ودرر وفي الشرنبلالية عن الجوهرة ان أضاف ما اقر به الى فعل بان قال غصبت منه تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وان لم يضفه الى فعل بل ذكره ابتداء فقال له على تمر في قوصرة فعليه التمر دون القوصرة كما لو قال بعت له زعفرانا في ثلاثة (قوله لزماه) لان الظرف امكن ان يجعل ظرفا حقيقة وامكن نقله ولو ادعى انه لم ينقله لم يصدق لانه أقر بغصب تام لانه مطلق فيحمل على الكمال وفي درهم في درهم لزمه الاول لان الثاني لا يصلح ظرفا درر (قوله وهي بالتخفيف والتشديد) ظاهره انهما على حد سواء وليس كذلك قال في مختار الصحاح القوصرة بالتشديد وقد تخفف انتهى (قوله بالزنبيل) الزنبيل معروف فاذا كسرته شددت فقلت زبيل لانه ليس في كلام العرب فعليل بالفتح كذا في الصحاح بقي ان يقال مقتضى قوله فاذا كسرته الخ يفيد جواز الفتح وقوله لانه ليس في كلام العرب الخ يقتضى عدم جوازه وعبارة القاموس تفيد جوازه مع القلة (قوله كذا في المغرب) الذى في المغرب وقولهم انما سمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهو زنبيل مبنى على عرفهم حموى (قوله لزمته الدابة) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب والاصل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة وامكن نقله لزماه والا لزمه المظروف فقط درر وقوله والا شامل لما اذا لم يمكن نقله وشامل لما اذا لم يمكن جعله ظرفا حقيقة وان امكن نقله وبهذا تعلم ما وقع لبعضهم حيث تصرف في عبارة الدرر على وجه قاصر بقي ان يقال ما سبق من التعليل بان غير المنقول لا يضمن بالغصب تبع فيه صاحب الدرر والزيلعى وفيه ما لا يخفى والاولى ان يعلل بعدم تحقق الغصب في غير المنقول كالعينى حيث قال لان غصب العقار لا يتحقق عندهما واعلم ان ما سبق من ان الظرف ان امكن جعله ظرفا حقيقة وامكن نقله لزماه والا لزمه المظروف فقط يفيد انه لو قال دابة في خيمة لزماه ولو قال ثوب في درهم لزمه الثوب قال في الدرر ولم اره فليحرر (قوله وعلى قياس قول محمد لزماه) لانه يرى تحقق الغصب في العقار (قوله له الحلقة والفص) لان الاسم يشملهما زيلعى والفص بفتح الفاء وأما كسرها فردئ مصباح وفي القاموس الفص مثلث الفاء والكسر غير لحن ووهم الجوهرى انتهى يعنى في دعوى اللحن حموى (قوله والجفن) بفتح الجيم وهو غمده اى غلافه عينى (قوله وهي غلافة السيف) وقال الاصمعى حمائل السيف لا واحد لها من لفظها وانما واحدها محمل وذلك لان اسم السيف ينطلق على الكل عينى (قوله وحجلة) بتقديم الحاء على الجيم وهو بيت يزين بالثياب والاسرة والستور ويجمع على حجال عينى (قوله أى في الاولى ثوب ومنديل الخ) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا زيلعى والمنديل بكسر الميم قال في المغرب تمندل

لزمه ثوبان ويرجع اليه في تفسير المائة) بخلاف له على (مائة وثلاثة اثواب) حيث يلزمه الكل ثيابا (اقر بتمر) بان قال غصبت تمرا (في قوصرة لزماه) وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من القصب ويسمى بها ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل كذا في المغرب (ودابة في اصطبل لزمته الدابة فقط) عندهما (وعلى قياس قول محمد لزماه (وخاتم) أى لو اقر بخاتم بان قال له على خاتم لزمه (له) أى للمقر له (الحلقة والفص وسيف) أى لزمه (له النصل) أى الحديدة (والجفن) أى غمده (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهى غلافة السيف (وحجلة) لزمه (له العيدان والكسوة) والحجلة بالتحريك بيت يزين بالثياب والسرر وقيل بيت يتخذ من خشب وثياب اسمه بشخانة وقيل خركاه والعيدان جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود (وثوب في منديل أو في ثوب لزماه) أى في الاولى ثوب ومنديل وفي الثانية ثوبان (وثوب في عشرة) أثواب

عنديل

بمنديل خيش أى شده برأسه ويقال تمندلت بالمنديل وتمدلت أى تمسحت به انتهى حموى (قوله له ثوب) لان العشرة لا تكون ظرفا للواحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة عينى (قوله عندهما) لو قال عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة اولا كما فى العينى والزيلعى لكان اولى (قوله وعند محمد احد عشر ثوبا) لان النفيس من الثياب قد يلف فى العشرة فامكن جعله ظرفا عينى ودرر قال الزيلعى وهو منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا فى عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا (قوله له خمسة) لان اثر الضرب فى تكثير الاجزاء لا فى تكثير المال وعشرة دراهم وزنا وان جعلت ألف جزء لم يزد فيه وزن قيراط عناية (قوله وقال الحسن بن زياد الخ) لعرف الحساب عينى (قوله وهو قول زفر) يخالفه قول الزيلعى وقال زفر عليه عشرة ثم ظهران النقل عن زفر قد اختلف ففى التقريب ذكر ان مذهب زفر مثل قول الحسن كما ذكره العينى (قوله وعشرة ان عنى مع) لان اللفظ يحتمل المعية فقد نوى محتمل كلامه فيصدق عينى (قوله وقال زفر يلزمه ثمانية) وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل فى المحدود ولهما ان الغاية يجب ان تكون موجودة اذ المعدوم لا يجوز ان يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان وله ان الغاية لا تدخل فى المغيا لان الحد يغاير المحدود ولكن لابد من ادخال الاولى لان الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الاول فدخلت الغاية الاولى ضرورة ولا ضرورة فى الثانية درر ووجه عدم تحقق الثانى والثالث بدون الاول انه لا يعقل ثان بدون اول ويتفرع على دخول الغاية الاولى دون الثانية عند الامام ما نقله الشلبى عن قاضيخان لو قال له على ما بين مائة الى مائتين فى قول أبى حنيفة يلزمه مائة وتسعة وتسعون فتدخل فيه الغاية الاولى دون الثانية انتهى ولو قال له كر برالى كر شعير فعليه عنده كر بر وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الاخير من الشعير هو الغاية الثانية ولو قال من عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعنده تلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما الكل ذكره الزيلعى عن النهاية وذكر الاتقانى عن الحسن ولو قال له من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار قال الحموى وهذا يوجب ان تكون الغاية اكثر الشئ انتهى وانظر ما وجه لزوم الكر من الشعير الا قفيزا مع انه جعل الغاية نفس الكر (قوله له ما بينهما فقط) أى دون الحائطين لقيامهما بانفسهما شرنبلالية عن البرهان وعلل المسئلة فى الدرر تبعا للزيلعى بقوله لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل فى المغيا اه ولا يخفى ما فيه بالنسبة لمبدا الدخوله فيما سبق بخلاف ما هنا ولهذا زاد العينى على ما اقتصر عليه الزيلعى حيث قال لان الغاية لا تدخل فى المحسوس ولا المبدا بخلاف ما تقدم انتهى (قوله وصح الاقرار بالحمل) وان لم يبين السبب بالاجماع لان لتصحيحه جهة واحدة وهى الوصية من جهة غيره عينى وزيلعى أى يحمل هذا الاقرار على ان رجلا أوصى بالحمل لرجل ومات الوصى فالآن يقر وارثه بانه للموصى له صدر الشريعة (قوله أى لو قال حمل امتى الخ) يعنى وقد تيقن بوجوده وقت الاقرار أو احتمل ولهذا قال الزيلعى ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذى بينا يعنى بان تجئ به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ان كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين اذا كانت معتدة (قوله او حمل شاتى لفلان) بشرط ان يتيقن بوجوده وقت الاقرار فيقدر بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم كما فى الزيلعى وفى الدر عن الجوهرة أقل مدة حمل الشاة اربعة اشهر واقلها لبقية الدواب ستة اشهر اه (قوله وللحمل ان بين الخ) والاقرار للرضيع صحيح وان بين سببا غير صالح منه حقيقة كالاقراض كما فى التنوير لانه وان لم يتصور منه ذلك حقيقة فقد يتصور حكما بنائبه وهو القاضى او من يأذن له القاضى واذا تصور بالنائب جاز اضافة الاقرار اليه عناية بخلاف الجنين لعدم تصور ذلك منه لا حقيقة ولا حكما لانه لا يولى عليه درر أى لا يكون لاحد عليه ولاية شيخنا (قوله ان بين سببا صالحا) متعلق بالاقرار للحمل (قوله بان وضعته لاقل من ستة اشهر الخ) وكما يشترط لصحة الاقرار للحمل تيقن وجوده وقت الاقرار له او احتماله فكذا يشترط هذا فى الاقرار به كما قدمناه

لزمه (ثوب) عندهما وعند محمد احد عشر ثوبا (و) بخمسة فى خمسة وعنى به (الضرب لزمه) له (خمسة) وقال الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون وهو قول زفر (و) لزمه له (عشرة) اتفاقا (ان عنى مع) بقوله فى خمسة مع خمسة (و) لو قال (له على من درهم الى عشرة أو) قال له على (ما بين درهم الى عشرة) لزمه (له) فى الصورتين (تسعة) عند أبى حنيفة وعندهما يلزمه العشرة وقال زفر يلزمه ثمانية (و) لو قال (له من دارى ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط) لزمه (له ما بينهما فقط) فلا تدخل الغايتان (وصح الاقرار بالحمل) أى لو قال حمل امتى او حمل شاتى لفلان صح اقراره ولزمه (والحمل) أى صح لو قال لحمل فلان على ألف درهم (ان بين سببا صالحا) بأن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فاستهلكته فهذا الاقرار صحيح ولزمه المال ثم ان جاءت به حيا فى مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بأن وضعته لاقل من ستة اشهر مذ مات المورث والموصى فان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا

عن الزيلعي فكان على الشارح ان ينبه على ذلك (قوله الا ان تكون المرأة معتدة الخ) لانه لما حكم
بثبوت النسب لاقل من حولين كان حكما بوجوده في البطن حين مات الوصي والمورث حموي (قوله وان لم
يبين سببا صالحا لا يصح الى قوله او ابهم في الاقرار) وهذا عند أبي يوسف لان مطلقه ينصرف الى القرض
والمبايعة ولا يتصوران فيلغو وعند محمد يحمل على سبب صالح كالوصية أو الارث والفرق لابي يوسف
بين هذا وما تقدم تعين طريق للتصحيح هناك وعدمه هنا فان الطريق هنا الوصية أو الميراث والجمع
بينهما متعذر وليس احدهما بالاعتبار اولى من الآخر فحكم بالفساد نظيره لو شرى عبدا بالف ثم قبل
النقد باعه وعبدا آخر من البائع بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فانه يبطل وان أمكن جوازه بان يجعل
الالف او اكثر حصة المشتري والباقي حصة الآخر زيلعي وفيه نظر اذ لا نسلم ان تعدد جهة الجواز توجب
الفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية فرد من الوجهين وان لم تتعين خصوصيته الا ترى
ان جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار اتفاقا فكيف تمنعها جهالة سبب المقر به حموي عن قاضي زاده
وهذا منه ترجيح لقول محمد ويقوي بحث قاضي زاده ما ذكره في الشرنبلالية حيث قال وللقائل ان
يقول قد تقدم من الزيلعي في الاقرار بالمجهول انه اذا لم يبين السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه
بسبب تصح معه الجهالة فما الفرق بينه وبين ما ذكره هنا من عدم حمله على السبب الموجب للصحة على
قول القائل به وفي كل احتمال الفساد والصحة انتهى (قوله وعند محمد ان ابهم الاقرار يصح) لان
الاقرار اذا صدر من أهله مضافا الى محله كان حجة يجب العمل بها ولا نزاع في صدوره من أهله لانه
هو المفروض وأمكن اضافته الى محله بحمله على السبب الصالح حملا لكلام العاقل على الصحة كالعبد
المأذون اذا أقر بدين فان اقراره وان احتمل الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والصحة بكونه من التجارة
كان صحيحا تصحيحا لكلام العاقل عناية (قوله وان كان السبب مستحيلا لا) فتحصل ان للمسئلة ثلاث
صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير
صالح فلا يجوز بالاجماع فان قيل ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب
غير صالح والابطال رجوع وهو في الاقرار لا يصح اجيب بانه ليس برجوع بل ظهور كذبه بيقين
كما لو قال قطعت يد فلان عمدا او خطأ ويد فلان صحيحة زيلعي مع عناية (قوله وبطل الشرط) لان الاقرار
اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار لانه ان كان صدقا فهو واجب العمل به وان لم يختر وان كان كذبا فهو
واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين
فسخه وامضائه درر وعناية فان قيل الاقرار يرتد بالرد وهو فسخ قلنا ليس بفسخ للاقرار لانه رفع للشيء
بعد ثبوته ورد الاقرار ليس رفعا له بعد ثبوته في حقه بل بيان انه غير ثابت أصلا وأما اذا قال على ألف
ثمن مبيع بخيار فيصح ان صدقه المقر له او برهن لان المقر به عقد يقبل الخيار وهو من العوارض فلا بد
من التصديق أو البيان كما لو أقر بدين بسبب كفالة على انه بالخيار مدة معلومة ولو طويلة لان الكفالة
عقد أيضا در *(تنبيـــــه)* لو قال المدعى عليه عند القاضي كل ما يوجد في تذكرة المدعى بخطه فقد
التزمته ليس باقرار وكذا قوله كل ما أقر به فلان على فانا مقر به لا يكون اقرارا لانه يشبه الوعد
شرنبلالية عن المحيط (تتمة) اشهد على ألف في مجلس واشهد رجلين آخرين في مجلس آخر بلا بيان
السبب لزمه الفان كما لو اختلف السبب بخلاف ما لو اتحد السبب أو الشهود أو اشهد على صك واحد أو أقر
عند الشهود ثم عند القاضي أو بعكسه الامر بكتابة الاقرار اقرار حكما أحد الورثة أقر بالدين يلزمه كله
وقيل حصته واختاره أبو الليث أقر ثم ادعى انه كاذب في الاقرار يحلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا في
اقراره عند الثاني وبه يفتى وكذا الحكم لو ادعى وارث المقر كذب مورثه فانه يحلف المقر له وان كانت
الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم ان لا نعلم انه كان كاذبا تنوير وشرحه عن الدرر وصدر
الشريعة وقوله وان كانت الدعوى على ورثة المقر له بأن كان للمقر دين أقر بقبضه ثم بعد موت المقر له

طالب

الا ان تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا
ولدت لاقل من سنتين لزمه أيضا فان
ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة
الموصي والمورث ولو ولدت ولدين حيين
فالمال بينهما وان كان احدهما ذكرا
والآخر أنثى ففي الوصية يقسم بينهما
نصفين وفي الميراث للذكر مثل حظ
الانثيين (والا) اي وان لم يبين سببا
صالحا (لا) يصح مطلقا سواء كان
سببا مستحيلا او ابهم في الاقرار وعند
محمد ان أبهم الاقرار يصح وان كان
السبب مستحيلا لا بأن قال اقرضني
أو باعه مني شيئا بألف درهم فهذا
الاقرار باطل ولا يلزمه شيء (وان
أقر) رجل بدين على انه (بشرط
الخيار) ثلاثة أيام (لزمه المال
وبطل الشرط

طالب الورثة بالدين الذى أقر بقبضه وادعى أنه أقر بقبضه كاذبا فاليمين عليهم على نفى العلم على قول أبى يوسف كذا أشار اليه شيخنا بقى ان يقال ظاهر ماذكره فى التنوير وشرحه هنا ان المقر اذا ادعى الاقرار كاذبا يحلف المقر له أو وارثه على المفتى به من قول أبى يوسف مطلقا سواء كان مضطرا الى الكذب فى الاقرار أولا قال شيخنا وليس كذلك لما سيأتى فى الدر من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح عند قول المصنف أقر بمال فى صك واشهد عليه به ثم ادعى ان بعض هذا المال المقر به قرض و بعضه ربا الخ حيث نقل عن شرح الوهبانية للشرنبلالى مايدل على انه انما يفتى بقول أبى يوسف من انه يحلف المقر له ان المقر ما أقر كاذبا فى كل صورة يوجد فيها اضطرار المقر الى الكذب فى الاقرار كالصورة التى تقدمت ونحوها قال شيخنا فمن أفتى بقول أبى يوسف فى مسئلة لا يوجد فيها الاضطرار هى ان له دينا على وقف أخرج عنه ووكل الثانى وكيلا بتسليم الوقف من الناظر الاول ودفع ماله من الدين فأقر الاول للوكيل بقبض دينه منه وكتب الوكيل عليه حجة باقراره فمات الوكيل وادعى المقر على ورثته انه أقر على نفسه بالقبض من مورثهم كاذبا فقد أخطأ أما أولا فلفقد اضطراره ولانه يدعى على ورثة الوكيل تبرعه له بالقضاء لانه مأمور من الناظر الثانى بالدفع له من مال الوكيل وهو لو امتنع من الدفع له حال حياته لا تسوغ له الدعوى عليه فكيف تسوغ على ورثته و لا يكون له رجوع على الوقف مؤاخذة له باقراره انه وصله الدين الذى له على الوقف ولان تحليف المقر له على قول أبى يوسف فى صورة دعوى المقر له على المقر تسليم ما أقر به له كما فى الدرر عن الكافى ومثله صريح كلام الزيلعى فلله الحمد على ظهور الحق اذ لا دعوى على المقر فى هذه الصورة

(باب الاستثناء) وهو التكلم بالباقى بعد الثنيا (وما فى معناه) مع استثناء بعض ما أقر به حال كونه

(باب الاستثناء فى الاقرار)

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه فى كونه مغيرا وهو الشرط والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف لغة واصطلاحا ماذكره الشارح كذا يستفاد من العينى وهو متصل وهو الاخراج والتكلم بالباقى ومنفصل وهو ما لا يصح اخراجه كما فى العناية وقوله من الثنى وهو الصرف تقول ثنيته أى صرفته عن حاجته صحاح (قوله وهو التكلم بالباقى) عندنا أى تكلم بالباقى معنى لا صورة درر وعند الشافعى اخراج بطريق المعارضة قال فى شرح المنار لابن مالك فصار تقدير قول الرجل لفلان على ألف الا مائة عندنا لفلان على تسعمائة وانه لم يتكلم بالالف فى حق لزوم المائة وعند الشافعى الا مائة فانها ليست على فان صدر الكلام يوجبه والاستثناء ينفيه فتعارضا فتساقطا بقدر المستثنى انتهى واستشكل الزيلعى مذهب الشافعى بجوازه فى الطلاق والعتاق فلو كان اخراجا بطريق المعارضة لما صح لان الطلاق والعتاق لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع قال وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقى فكان مانعا من الدخول شككنا فى المتكلم به والاصل براءة الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك فى المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقى على حاله انتهى لكن قول الزيلعى فعندنا تلزمه تسعمائة خلاف الاصح قال فى البحر واذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل مخرجا نحو له على الالف درهم الا مائة أو خمسين لزمه تسعمائة وخمسون على الاصح (قوله بعد الثنيا) أى بعد المستثنى فيكون الاستثناء عندنا لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى والثنيا بضم الثاء مع الياء اسم من الاستثناء وكذلك الثنوى بالفتح مع الواو شيخنا عن ابن مالك والصحاح وفى الحديث من استثنى فله ثنياه أى ما استثناه (قوله وما فى معناه) أى فى كونه مغيرا وهو الشرط كما سبق عن العناية لكن اعترض عليه قاضى زاده بانه يقتضى

حصر ما فى معناه فى الشرط فلا يدخل أكثر ما فى هذا الباب فالاولى ما فى شرح تاج الشريعة والكفاية من قوله كالشرط وغيره كقوله ولو قال له على ألف من ثمن عبد اشتريته ولم أقبضه الخ (قوله متصلا الا لنفس أو سعال أو أخذ فم والنداء بينهما لا يضر كقوله لك على الالف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك ألف فاشهدوا الا كذا أو نحوه بحر (قوله سواء كان الاستثناء أقل مما بقى أو أكثر) قال الزيلعى وهو المذهب وفى العناية انه قول الاكثر والدليل على جوازه قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه أو انقص منه قليلا أو زد عليه (قوله وعن أبى يوسف وهو قول مالك والفراء الخ) لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود فى القرآن قال تعالى لاغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فايهما كان أكثر لزمه وقال الشاعر

أدوا التى نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكام

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه فى معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا طريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ما يقسم وما لا يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه أو ثلثيه صح زيلعى (قوله لا استثناء الكل) لو بعين لفظه نحو غلمانى كذا الا غلمانى وكذا اذا كان بمرادفه لعدم ما يتكلم به بعده فكان رجوعا كقوله له على مائة الا مائة الا خمسين وخمسين حموى بخلاف الا فلانا وفلانا وفلانا ولا غلام له غيرهم كذا اذا قال غلمانى كذا الا هؤلاء فانه يصح أيضا لوجود التغاير اللفظى درر وكذا لو قال ثلث مالى لبكر الا ألفا والثلث ألف صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيئا الا ان توهم بقاء شئ يكفى لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء شرنبلالية وزيلعى وتحقيق ذلك ان الاستثناء اذا وقع بغير اللفظ الاول أمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ أمكن ان يجعل المستثنى بعض ما تناول الصدر والامتناع من خارج بخلاف ما اذا كان بعين ذلك اللفظ فانه لا يمكن جعله تكلما بالحاصل بعد الثنيا فان قيل هذا ترجيح لجانب اللفظ على المعنى واهمال للمعنى رأسا فما وجه ذلك أجيب بأن الاستثناء تصرف لفظى ألا ترى انه اذا قال أنت طالق ست تطليقات الا أربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الستة لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال أنت طالق ثلاثا الا أربعا فكان اعتباره أولى عناية وقوله لانه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سواه أى لان المخرج بغير لفظ المستثنى منه انما صار كالاضرورة عدم ملكه فيما سوى المستثنى شيخنا (قوله أى لا يصح استثناء الكل) لما ذكرنا أنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعد الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا كان أو مفصولا كما فى العناية وغيرها كالعينى حيث علل عدم صحة استثناء الكل بقوله على عشرة الا عشرة بانه رجوع فلا يصح وتعقبه الشيخ شاهين بأن ما ذكره من التعليل بانه رجوع وهم لانه منقوض بما اذا قال أوصيت له بثلث مالى الا ثلثه مع ان الرجوع فى الوصية جائز فلو كان استثناء الكل رجوعا لما صح هذا فالاولى فى التعليل ان يقال كانه لم يتكلم به انتهى قال شيخنا وقوله وهم هو الوهم لانه انما صح ذلك فى الوصية لان له الرجوع فيها انتهى (قوله وكذا ان كان مفصولا بطل الاستثناء) خلافا لابن عباس استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبى عليه السلام كان لامتثال أمره تعالى بقدر الامكان فلا يمنع الانعقاد زيلعى وقوله لامتثال أمره تعالى يعنى قوله تعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله (قوله وهو ان لا يسكت الخ) أى الا لعذر كالتنفس ونحوه مما سبق (قوله وصح استثناء الكيلى الخ) وكذا العددى المتقارب لانه بمنزلة المثلى فى قلة التفاوت عناية وتنوير

(قوله

(متصلا) بالاقرار (ولزمه
الباقى) أى بعد الثنيا مطلقا سواء
كان الاستثناء أقل مما بقى أو أكثر
وعن أبى يوسف وهو قول مالك
والفراء لا يصح الاستثناء الا اذا كان
الباقى أكثر (لا استثناء الكل) أى
لا يصح استثناء الكل بأن قال له على
ألف درهم الا ألف درهم فان الالف
درهم لازم عليه وكذا اذا كان
مفصولا لا يبطل الاستثناء والمراد من
قوله متصلا اتصال بحسب التلفظ وهو
ان لا يسكت بين المستثنى والمستثنى
منه لا الاستثناء المتصل (وصح
استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم)
بان قال له على ألف درهم الا دينارا
أو الا قفيز حنطة

(قوله وهو لا يساوى الفا) مقتضى التقييد به انه ان كان يساوى الفا بطل الاستثناء وبه صرح في البزازية ويخالفه ما في الشرنبلالية عن المقدسى وقاضى زاده معزيا للينابيع والذخيرة ويوافق ما في الينابيع والذخيرة ما ذكره في التنوير تبعا للبحر حيث قال ويكون المستثنى القيمة وان استغرقت جميع ما أقر به بخلاف دينار الا مائة درهم لاستغراقه بالمساوى انتهى فكأنه قال له على دينار الا دينارا لكن استدرك عليه في الدر بما في الجوهرة وغيرها على مائة درهم الا عشرة دنانير وقيمتها مائة او اكثر لا يلزمه شئ فليحرر انتهى قلت ولا شك ان ما في الجوهرة اوجه لما سبق من ان بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما اذا كان بلفظه او بما يرادفه واعلم ان قاضيخان فرع على صحة استثناء الكيلي والوزنى ونحوهما من المقدرات التى تثبت في الذمة من الدراهم والدنانير فقال لو قال له دينار الا درهما والا قفيزا او الا مائة جوزة صح ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى فان كانت قيمته تأتى على جميع ما أقر به لا يلزمه شئ وان لم يكن المستثنى من جنس ما أقر به وليس له جنس من مثله كقوله دينار الا ثوبا او شاة لم يصح الاستثناء وان كان من جنسه صح الاستثناء في قولهم الا ان يستثنى جميع ما تكلم به فلا يصح الاستثناء انتهى وآخره يخالف اوله كذا بخط السيد الحموى عن الرمز وأقول يمكن الجواب بحمل ما ذكره قاضيخان آخرا على ما اذا كان الاستثناء بمرادفه كقوله له على ألف دينار الا خمسمائة وخمسمائة فلا يخالف ما ذكره اولا لان الاستغراق فيه من حيث القيمة فتدبر (تتمة) اذا كان المستثنى مجهولا يثبت الاكثر نحو له على مائة درهم الا شيئا او الا قليلا او الا بعضا لزمه احد وخمسون لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الاقل تنوير وشرحه (قوله لا يصح) وهو القياس لانه استثنى خلاف الجنس فصار كما لو قال الا شاة وبه قال زفر وأحمد ولهما انه استثنى مقدارا من مقدر وهو جنسه معنى بخلاف الشاة عينى (قوله لا غيرهما) لعدم وصف الثمنية ولو معنى وفيه ان نفى الغير به في كلام المصنف والشارح صادق باستثناء العددى المتقارب من الدراهم فظاهره عدم صحة الاستثناء وليس كذلك كما سبق (قوله وقال الشافعى يصح الخ) لان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظى وكلام الهداية يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعى أيضا قال في العناية وهو الحق وقرر الشراح لكلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده تعارض الصدر وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول ان الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو أحوج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا ولابى حنيفة وأبى يوسف ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه أحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا يتناول ما كان على أخص أوصافها الذى هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددى المتقارب وأما الثوب يعنى ونحوه كالشاة فليس بثمن أصلا وما ليس بثمن لا يصلح مقدرا للدراهم لعدم المجانسة فبقى الاستثناء من الدراهم مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه فلا يصح الاستثناء وللقائل ان يقول ما ليس بثمن لا يصلح مقدرا من حيث اللفظ او القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثانى ممنوع فان المقدرات تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان لتقدير الاستثنائى يقتضى حقيقة التجانس او معناه فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس ذلك في غير المقدرات انتهى وأقول ان كان المراد بالمجانسة التى ادعى صاحب العناية ان كلام الهداية يشير الى انها شرط عند الشافعى قال وهو الحق المجانسة من حيث الثمنية فممنوع اذ لو كانت هذه المجانسة شرطا عنده لما صح استثناء الشاة ونحوها من الدراهم وان كان المراد بها المجانسة من حيث المالية وهو الظاهر فلا ينافى ما ذكره شراح الهداية من عدم اشتراط المجانسة عنده اذ المجانسة التى نفوا اشتراطها عنده هى المجانسة من حيث الثمنية وبه يتبين ان قوله في العناية فهو أحوج الى اثبات المجانسة منا غير صحيح والعجب ان هذا مع ظهوره كيف خفى على صاحب العناية (قوله ولو وصل باقراره الخ) قيد بالوصل لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس كما سبق الا اذا كان عدم الوصل

وهو لا يساوى ألفا لزمه ألف درهم
الا قيمة الدينار أو القفيز وهذا
عندهما وهو الاستحسان وقال محمد
وزفر لا يصح وهو القياس (لا غيرهما)
أى لا يصح استثناء غير الكيلى
والوزنى من الدراهم بان قال له على
ألف درهم الا شاة أو ثوبا وقال
الشافعى يصح فيطرح عنه قدر قيمة
المستثنى (ولو وصل باقراره) لفظ

(ان شاء الله) أى بان قال له على
الف درهم ان شاء الله (بطل اقراره)
فلا يلزمه شئ (ولو استثنى البناء من
الدار) بان قال هذه الدار لفلان الا
بناءها فانه لى (فهما للمقرله وان قال
بناؤها لى والعرصة لك) وهى البقعة

لعذر من الاعذار التى تقدّمت ولو قال لامرأته أنت طالق فجرى على لسانه ان شاء الله من غير قصد وكان قصده ايقاع الطلاق لا يقع لان الاستثناء موجود حقيقة والكلام مع الاستثناء لا يكون ايقاعا عينى (قوله ان شاء الله) وكذا ان علق اقراره بمشيئة من لا تعلم مشيئته كالجن والملائكة حموى عن المختار (قوله بطل اقراره) لانه ان كان ابطالا فظاهر وان كان تعليقا فالاقرار لا يحتمل التعليق لانه ليس يمين اذ لا يحلف به ولانه خبر متردّد بين صدق وكذب فلا يتغير بالشرط وكذا لو قال ان أردت او أراد الله او هبت الريح ولو قال اشهدوا ان له على ألفا ان مت فهو عليه مات او عاش وليس هذا تعليقا لان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم لتبرأ ذمته ويشهدوا بعد موته ان جحد الورثة فرجعه الى تأكيد الاقرار زيلعى وغيره لكن ذكروا فى باب الهبة لو قال لمديونه ان مت فأنت برئ فان البراءة لا تصح لتعليقها بالشرط فيحتاج الى الفرق والجواب ان المعلق هنا الشهادة ولقائل ان يقول يحتمل رجوعه الى القريب وهو الاقرار والجواب ان تصرف العاقل يصان عن الالغاء ما أمكن وذلك بجعله شرطا للشهادة فلو قال أردت تعليق الاقرار ورضى بالغاء كلامه قلنا تعلق حق المقرله يمنع ذلك حموى عن الرمز قال وكذا لو قال اذا جاء رأس الشهر او اذا أفطر الناس أو الى الفطر لانه ليس تعليقا بل دعوى أجل الى الوقت المذكور فيقبل اقراره ودعوى الاجل لا تقبل الا بحجة حموى عن الزيلعى وغيره وكذا ان شاء فلان فشاء فهو باطل كما فى المحيط وينظر مع ما قدّمناه فى تعليق الطلاق بمشيئة العبد فشاء فى مجلسه صح ووقع الطلاق شرنبلالية قال شيخنا وجوابه ان الاقرار اخبار فلا يصح تعليقه والطلاق انشاء الاسقاط فصح تعليقه واقتصرت مشيئته على المجلس نظرا لمعنى التمليك انتهى قال فى الدر بقى لو ادعى المشيئة هل يصدق لم أره وقدّمنا فى الطلاق المعتمد لا فليكن الاقرار كذلك لتعلق حق العبد قاله المصنف انتهى (قوله فلا يلزمه شئ) مطلقا وان جرى على لسانه من غير قصد لوجود الاستثناء حقيقة كما فى العينى وانما لا يلزمه شئ لان التعليق بمشيئة الله تعالى ابطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبى يوسف فكان اعداما من الاصل درر وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدّم المشيئة فقال ان شاء الله أنت طالق عند أبى يوسف لا يقع لانه ابطال وعند محمد يقع لانه تعليق فاذا قدّم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقى الطلاق من غير شرط فيقع عناية وكذا تظهر أيضا فيما اذا قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق ان شاء الله يحنث عند أبى يوسف لانه يمين عنده وعند محمد لا يكون يمينا فلا يحنث عينى واعلم أنه لا يلزمه شئ أيضا فيما اذا قال على ألف فى شهادة فلان او علمه لانه فى معنى الشرط ولو قال بعلمه او بشهادته فهو اقرار لان الباء للالصاق حموى ومن التعليق المبطل له على ألف الا ان يبدو لى غير ذلك او أرى غيره وكذا اشهدوا أن له على ألفا فيما أعلم شرنبلالية (تنبيهان) الاول ما سبق عن الدرر من ان التعليق بمشيئة الله ابطال عند محمد وتعليق بشرط لا يوقف عليه عند أبى يوسف يشكل بما نقلناه عن العناية مما يقتضى كون الخلاف بين الصاحبين على عكس ما ذكره فى الدرر وجوابه ان النقل عنهما قد اختلف ففى الشرنبلالية بعد ان ذكر ما نقلناه عن الدرر قال وقيل الخلاف على العكس واختاره بعض شراح الهداية (الثانى) ما ذكره فى الدرر من أنه عند أبى يوسف تعليق بشرط لا يوقف عليه أحد وجهين والوجه الثانى هو ان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط كما فى الشرنبلالية عن قاضى زاده (قوله فهما للمقرله) لان البناء دخل تبعا لا لفظا ولهذا لم يسقط باستحقاقه قبل القبض شئ بل يخير والاستثناء تصرف فى الملفوظ بخلاف قوله الا ثلثها او الا بيتا منها لان أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فصح الاستثناء وطوق الامة وفص الخاتم ونخلة البستان نظير البناء فى الدار زيلعى وغيره قال المقدسى وفى طوق الامة كلام لانهم قالوا الامة اذا بيعت لا يدخل فى البيع معها الا ثيابها المعتادة للمهنة اما التى للزينة فلا تدخل الا بالنص ومنه الطوق اللهم الا أن يحمل على طوق حديد أو نحاس الخ فان قلت البناء فى الدار جزء ولهذا يضمن بالاتلاف فينبغى ان يصح استثناؤه كالثلث والبيت قلت هو وان كان جزءا لكنه زائد بمعنى ان اسم

الدار

الدار لا ينتفي بانتفائه الى هذا أشار في الدرر ونصه البناء جزء من الدار فيا وجه عدم صحة استثنائه قال وتحقيق معرفة وجهه موقوف على مقدمة هي ان الركن قسمان اصلي وهو الذي دخل في مدلول الاسم بحيث اذا انتفى لا يصح اطلاق الاسم على الباقي كواحد من العشرة ورأس من الحيوان وزائد وهو الذي دخل في مدلول الاسم لكنه اذا انتفى لا ينتفي اطلاق الاسم على الباقي كيد زيد ورجله حتى اذا قال هذا العبد لزيد الا يده اورجله لم يجز وبهذا التحقيق يظهر دفع ما يرد على ظاهر قولهم الاقرار في الايمان ركن زائد بان الركنية تقتضي الدخول والزيادة تقتضي الخروج فكيف يجتمعان ووجه الدفع ان الدخول بالنظر الى تناول اللفظ ظاهرا والخروج بالنظر الى التبعية حقيقة فلا منافاة انتهى باختصار (قوله الخالية عن الشيء) يعني المعهود وهو البناء والشجر اذ الارض لا تخلو عن شيء حموي (قوله فكما قال) لان العرصة اسم للبقعة الخالية عن البناء والشجر فيكون مقرا ببياض هذه الارض دون البناء بخلاف قوله ارضها له حيث يكون له البناء أيضا وبخلاف قوله بناؤها لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل ما أقربه ولو قدم الاقرار بالارض كان الكل للمقر له بها لان البناء تبع الارض والاصل ان دعواه لنفسه لا تمنع الاقرار لغيره واقراره لا يقبل على غيره كذا في التبيين وهو منقوض بما لو أقر مستأجر بدين يسري على المؤجر وتفسخ به عند الامام ولو أقرت زوجته بدين تحبس ويمنع عنها حموي (قوله ولو قال له على الف من ثمن عبد الخ) قال شيخنا هذه العبارة اولى من عبارة الدرر حيث قال وصح أي الاقرار بألف من ثمن قن الخ لان التعبير بالصحة يوهم لزوم الالف لحكمه بصحة الاقرار مع عدم القبض (قوله ولم اقبضه) أي ذكر ذلك موصولا باقراره كما في التنوير (قوله فان عين العبد) بأن ذكر عبدا بعينه عيني (قوله لزمه الالف) لقائل ان يقول قد تقرر عندهم فيمن باع سلعة بثمن يقال للمشتري ادفع الثمن أولا ثم للبائع سلم المبيع فالاقرار بوجوب اداء الثمن لا يقتضي القبض والجواب ان ذلك فيما اذا كان المبيع حاضرا فاذا لم يكن حاضرا فالاقرار بوجوب اداء الثمن يقتضي القبض حموي عن حواشي حفيد السعد على صدر الشريعة ثم قال بقي ان كلمة على تقتضي أصل الوجوب أو وجوب الاداء ونقل عن المقدسي ما نصه ذكروا في أول البيع ان المشتري يلزمه تسليم الثمن أولا فكيف عكس هنا والجواب لعلهم أرادوا بالتسليم الاحضار أو يخص هذا من ذاك لانه ليس ببيع صريح انتهى (قوله وان لم يسلمه اليه لا شيء له) لانه اقر بالالف على صفة وهي سلامة العبد له فلا تلزمه بدونها (قوله احدها هذا) وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه لزوم الالف لان الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا زيلعي وفيه انه اذا تصادقا فالحكم عكس ذلك وجوابه ان ذلك اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس هنا كذلك فان حكم به كان حكما بما لا يدعيه أحد وهو باطل حموي عن العناية (قوله وفيه المال لازم على المقر) لانهما اتفقا على ما أقر به من ان كلا منهما يستحق ما أقر به واختلفا في سببه ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم كما لو أقر بغصب ألف فقال بل قرض تلزمه لاتفاقهما على الاستحقاق حموي عن الزيلعي قال وفي المنية لو سكت ثم ادعى انها قرض لم يصدق (قوله لا يلزم شيء على المقر) لعدم سلامة العبد له (قوله وحكمه ان يتحالفا) لان كلا منهما مدع ومنكر لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي على المقر الفا ببيع غيره وهو ينكر درر (قوله لزمه الالف مطلقا) أي سواء وصل او فصل فهو في مقابلة التفصيل الآتي عندهما (قوله ولا يصدق في قوله ما قبضت) لانه رجوع عن الاقرار لان الصدر موجب وانكار قبض مبيع غير معين ينافيه ولانه لو ادعى تأخير الثمن شهرا لم يقبل فكيف دهرا اذ ما من عبد يأتي به الا يتأتى له منع كونه المبيع بخلاف المعين هذا اذا كذبه المقر له وان صدقه في السبب فكذلك عند أبي حنيفة لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع حموي اخذا من كلام الزيلعي (قوله وعندهما ان وصل صدق الخ) لانه بيان تغيير فصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والشرط درر (قوله فالقول قول المقر) لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي أمر

(ولو قال)
الخالية عن الشيء (فكما قال
له على الف من ثمن عبد اشتريته منه
(ولم اقبضه فان عين) المقر (العبد
وسلمه) اي المقر له (اليه لزمه الالف والا)
أي وان لم يسلمه اليه (لا) شيء له على
المقر وهذه المسئلة على وجوه أحدها
هذا والثاني أن يقول المقر له العبد
عبدك ما بعتكه وانما بعتك غيره وقد
قبضته ولي عليك ألف درهم ثمنه
وفيه المال لازم على المقر الثالث أن
يقول العبد عبدي ما بعتكه وفيه
لا يلزم شيء على المقر والرابع أن يقول
العبد عبدي ما بعتكه وانما بعتك
غيره وحكمه ان يتحالفا واذا تحالفا
انتفى دعوى كل واحد منهما عن
صاحبه فلا يقضى عليه بشيء من المال
والعبد سالم لمن في يده هذا اذا عين
العبد (وان لم يعين) العبد (لزمه
الالف) مطلقا ولا يصدق في قوله
ما قبضت عند أبي حنيفة وعندهما
ان وصل صدق ولا يلزمه شيء وان
فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان
يكون ذلك من ثمن العبد وان أقر انه
من ثمن العبد فالقول قول المقر انى لم
اقبضه (كقوله

القبض مجملا لانه لم يقر به نصا ولا اقتضاء لان اقراره بوجوب الثمن ليس اقرارا بقبض المبيع اذهو واجب بالعقد فلم يكن تعبيرا بل تفسير مجمل لتصادقهما عليه ولو قال شريت منه مبيعا الا انى لم اقبضه فالقول له اجماعا لانه اقر بشراء وبمجرد العقد لا يجب الثمن لانه ان اشتراه بشرط الخيار لا يجب وانما يجب بالقبض بخلاف ما تقدم لاقراره بالوجوب ولو أقر ببيع عبده هذا منه ولم يقبض ثمنه وحبسه به كان له ذلك لانه فى يده فالظاهر انه ملكه فاذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذى اقر به زيلعى ولا يخفى ما فيه فانه قال فى تعليل قولهما ان اقراره بوجوب الثمن ليس اقرارا بالقبض اذهو واجب بالعقد ثم قال وبمجرد العقد لا يجب الثمن والجواب ان العقد بمجرده يقتضى أصل الوجوب لا وجوب الاداء حموى عن المقدسى (قوله من ثمن خمر الخ) كذا لو قال من ثمن حر أو ميتة أو دم أو من مال القمار فيلزمه مطلقا وان وصل لانه رجوع الا اذا صدقه وأقام بينة ولو قال له على ألف درهم حرام او ربا فهى لازمة مطلقا وصل أم فصل لاحتمال حله عند غيره ولو قال زورا أو باطلا لزمه ان كذبه المقرله در (قوله وهى زيوف) جمع زيف وصف بالمصدر ثم جمع على معنى الاسمية كفلس وفلوس وفعله زافت الدراهم تزيف زيفا ردؤت حموى والمراد ما يرده بيت المال والنبهرجة دون الزيوف فانه مما يرده التجار أيضا والستوقة اردأ من النبهرجة شرنبلالية (قوله لزمه الجياد) لان العقد يقتضيها فدعوى الزيف رجوع عما أقر به بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل ولو قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها رديئة يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة زيلعى (قوله وعندهما الخ) قال الزيلعى وقال فى الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وذكر فى النهاية لابى يوسف روايتين فيهما (قوله ان وصل صدق الخ) لانه فى معنى الاستثناء لانه يبين بآخر كلامه انه أراد الابطال لا التحقيق اذ الكلام يتم بآخره فصار كان شاء الله قلنا هذا ابطال والابطال ليس بيانا فلا يصح ولو وصل وقوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق من التغيير فيصح موصولا كذا فى الكافى وفيه ان المرجح فى ان شاء الله انه ابطال حموى عن المقدسى (قوله وعن أبى حنيفة الخ) عبارة الزيلعى وعن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول فى القرض انه يصدق فى الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع انتهى (قوله قيل يصدق اجماعا) يعنى اذا وصل كما فى الزيلعى لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به (قوله وقيل هو على الخلاف أيضا) لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف زيلعى فعند أبى حنيفة لا يصدق ويلزمه الجياد مطلقا وعندهما ان وصل صدق وان فصل لا ورجح فى التنوير الاول تبعا للبحر ونصه ولو قال له على ألف درهم زيوف يعنى ولم يذكر السبب كما فى الدرر فهو كما قال على الاصح (قوله بخلاف الغصب والوديعة) اذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد لان الغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج الى حفظه فلم يكن قوله زيوفا تغييرا لاول كلامه بل هو بيان النوع فيصح موصولا ومفصولا ولو قال الا انها ستوقة او رصاص فان وصل صدق وان فصل لا اذ الستوقة ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز بها التجوز فى الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا درر (قوله وعن أبى يوسف انه اذا قال غصبت ثم قال هى زيوف الخ) كما فى القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض زيلعى (قوله اذا فصل) كان الاولى جعله غاية لعدم التصديق لان الفصل استفيد من التعبير بكلمة ثم شيخنا (قوله صدق المقر) لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة در (قوله بانقطاع النفس) او باسعال أو اخذه (قوله فهو وصل) دفعا للحرج وبه يفتى زيلعى والنداء بينهما لا يضر كقوله لك على ألف درهم يا فلان الا عشرة بخلاف لك ألف واشهدوا الا كذا بحر واشار بالمثال الذى ذكره الى ان المسئلة

من ثمن خمر أو خنزير) هذا متصل بقوله لزمه الالف أى يلزمه هنالك كما يلزمه هنا مطلقا فيما اذ قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير عند أبى حنيفة وعندهما ان وصل صدق ولا يلزمه شئ (ولو قال) له على ألف درهم (من ثمن متاع) باعه منى (أو) قال (اقرضنى) ألف درهم (و) قال (هى زيوف او نبهرجة) وقال المقرله جياد (لزمه الجياد) مطلقا عند ابى حنيفة وعندهما ان وصل صدق وان فصل لا وقال زفر يبطل اقراره اذا قال المقرله هى جياد وعن أبى حنيفة انه يصدق فى القرض فى الزيوف اذا وصل وانما قيد بثمن متاع والقرض لانه لو لم يذكر البيع والقرض بان قال لفلان على ألف درهم زيوف فقط قيل يصدق اجماعا وقيل هو على الخلاف أيضا (بخلاف الغصب والوديعة) أى اذا قال غصبت منه ألفا او ودعنى الفا ثم قال هى زيوف او نبهرجة صدق فى الغصب مطلقا وعن أبى يوسف انه اذا قال غصبت ثم قال هى زيوف لم يصدق اذا فصل (ولو قال) فى البيع والغصب والقرض والوديعة ان له على الفا (الا انه ينقص كذا) حال كونه (متصلا) بقوله (صدق) المقر (والا) أى وان لم يقل متصلا بل منفصلا (لا) يصدق واعلم انه لو وقع الفصل بين الاستثناء وبين صدره ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع النفس أو بأخذ السعال فهو وصل (ومن أقر بغصب ثوب

مفروضة فيما اذا كان المنادى هو المقر له فلا يرد عليه حينئذ ما اورده الحموى عن الجوهرة من انه اذا كان المنادى غير المقر له يضر (قوله وجاء بعيب صدق المقر) أى بيمينه ان لم يثبت الخصم سلامته لان الغصب لا يقتضى السلامة درر كالوديعة (قوله فهو ضامن) لانه أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ومثله القبض زيلعى ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما اذا قال المقر له بل اخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعى عليه العقد وهو ينكر فالقول قول المنكر عينى وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول للمقر لما ذكرنا زيلعى (قوله لا يضمن المقر) اذ لم يقر بسبب الضمان بل بالاعطاء وهو فعل المقر له وهو يدعى عليه سبب الضمان وهو ينكره فان قيل اعطاؤه يكون بقبضه فكان مقرا به قلنا ويكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لثبوته ضرورة فيتقدر بقدرها فلا يظهر فى انعقاده سببا للضمان (قوله أخذه عمرو) لان الآخذ أقر باليد له ثم الاخذ منه وهو سبب الضمان وادّعى استحقاقه عليه فلا يقبل درر (قوله وقال كذبت بل الثوب والدابة لى) وقد أخذتهما منى ظلما شيخنا (قوله فالقول للمقر) وللآخر البينة شيخنا ولو قال قبضت منه ألفا كانت لى عليه وأنكر فله أخذها لانه أقر له بالملك وانه أخذه بحقه وادعى ما يبرئه والآخر ينكر بخلاف الاجارة والاعارة لان اليد فيهما لضرورة استيفائه المعقود عليه فلا يكون اقرارا باليد قصدا فبقيت فيما وراء الضرورة فى حكم يد المالك بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرار لهما باليد وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ فى الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ فى الاجارة ونحوها خلافا لمن توهم ذلك لانه ذكر الاخذ فى الطرف الآخر زيلعى وفيه كلام للمقدسى فليراجع شرح الحموى (قوله وهو القياس) وبه قالت الثلاثة وعلى هذا الخلاف العارية والاسكان بأن قال أعرت فلانا ثوبى ثم أخذته منه أو أسكنت فلانا دارى ثم أخذتها منه وقال فلان هو لى وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد ووجه الاستحسان ما سبق من ان اليد فى الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المقصود عليه وفى الاسرار الاختلاف فيما اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر والا فالقول له اجماعا عينى وغيره واعلم ان ما ذكره فى الاسرار ينبنى على ما عليه المتقدمون من ان للقاضى القضاء بعلمه وان كان المفتى به ما ذكره المتأخرون من أنه ليس له ذلك ومن هنا تعلم سقوط قول الحموى وفيه انه اذا كان المقر به معروفا للمقر فالقاضى لا يعرف ذلك الا بشهادة العارفين عنده لا بمجرد قوله انتهى (قوله وعلى المقر مثله للثانى) بخلاف ما اذا قال هى لفلان لا بل لفلان بلا ذكر ايداع حيث لا يجب عليه للثانى شئ ان كانت معينة وان كانت غير معينة لزمه أيضا بان قال لفلان على ألف لا بل لفلان كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله ولو كانت بعينها فهى للاول وعليه للثانى مثلها وان كان المقر له واحدا يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا نحو قوله على ألف درهم لا بل ألفان أو ألف درهم جياد لا بل زيوف أو عكسه ولو قال الدين الذى لى على فلان لفلان أو الوديعة التى لى عند فلان هى لفلان فهو اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له برئ بحر وجرى عليه فى التنوير قال فى الدر بعد عزوه للخلاصة وفيه مخالفة لما فى الحاوى القدسى وعامة المعتبرات فليراجع

(باب اقرار المريض)

يعنى مرض الموت وحده مر فى طلاق المريض وسيجئ فى الوصايا وأخره أما لان المرض عارض والاصل عدمه أو لان فى اقرار المريض اختلافا فى بعض الصور بخلاف اقرار الصحيح فكان أقوى وافرده بباب

وجاء بعيب صدق) المقر (وان قال
اخذت منك الفا وديعة وهلكت
وقال) المقر له لا بل (أخذتها غصبا
فهو ضامن) فالقول قول المقر له مع
يمينه وان نكل عن يمينه لا يضمن
المقر (ولو قال اعطيتنيها وديعة)
فهلكت (وقال) المقر له (غصبتها
لا) يضمن المقر وكان القول قول المقر
مع اليمين فان نكل عن اليمين يلزمه
الالف (وان قال) زيد لعمرو (هذا
الشئ (كان وديعة لى عندك
فأخذته) منك (فقال) كذبت
(وهو لى اخذه) عمرو (وان قال
اجرت بعيرى او ثوبى هذا فلانا فركبه
اولبسه فرده) على وقال كذبت بل
الثوب والدابة لى (فالقول للمقر) عند
أبى حنيفة وقالا القول للذى أخذ
الثوب منه والدابة وهو القياس (ولو
قال هذا الالف وديعة فلان لا بل
وديعة لفلان فالالف للاول وعلى
المقر مثله للثانى) أى المقر له الثانى
مثل ذلك الالف وعند أبى يوسف
ليس عليه شئ
(باب اقرار المريض دين الصحة
وما لزمه فى مرضه

على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح حموى (قوله بسبب معروف) بينة أو بمعاينة قاض والسبب المعروف ماليس بتبرع در وقوله او بمعاينة قاض يبتنى على ماقدمناه من ان للقاضى القضاء بعلمه والمفتى به خلافه (قوله والتزوج) أى بمهر المثل لان الزيادة عليه باطلة والنكاح جائز شرنبلالية عن العناية (قوله مقدم على ما أقر به فى مرضه) ولو وديعة كما فى البحر لان المريض محجور عن الاقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة فالدين الثابت باقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر كعبد مأذون اقر بالدين بعد الحجر فالثانى لا يزاحم الاول حموى وليس له ان يقضى دين بعض الغرماء دون بعض ولو اعطاء مهر او ايفاء اجرة الا اذا قضى ما استقرض فى مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه بمثل القيمة وقد علم ذلك بالبينة لا باقراره لتهمة بخلاف ما اذا لم يؤد حتى مات فان البائع اسوة للغرماء اذا لم تكن العين فى يده فان كانت كان أولى ولو أقر بدين ثم بدين تحاصا وصل أو فصل للاستواء ولو أقر بدين ثم بوديعة تحاصا و بعكسه الوديعة أولى درو وجهه كما فى شرح الحموى أنه لما بدأ بالوديعة ملكها المقر له بعينها فاذا أقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير واقراره ببيع عبده فى صحته وقبض الثمن مع دعوى المشترى ذلك صحيح فى البيع دون قبض الثمن الا بقدر الثلث بخلاف اقراره ان هذا العبد لفلان فانه كالدين ولو أقر بقبض دينه ان كان دين الصحة يصح مطلقا سواء كان عليه دين الصحة أولا وان كان دين المرض ان كان عليه دين الصحة لا يصح والا نفذ من الثلث الا فى اقراره باستيفاء بدل الكتابة فنافذ بخلاف اقراره باستيفاء ثمن ما باعه فى صحته من وارثه فانه لا يصح ولو اشترى فى صحته بغبن فاحش بشرط الخيار ثم أجاز أو سكت وهو مريض حتى مضت المدة ثم مات كانت المحاباة من الثلث وابراؤه مديونه وهو مديون غير جائز ان كان أجنبيا وان كان وارثا لا يجوز مطلقا سواء كان المريض مديونا أولا للتهمة وحيلة صحته ان يقول لا حق لى عليه فتر تفع به مطالبة الدنيا الا مطالبة الآخرة الا المهر فلا يصح على الصحيح لظهور انه عليه غالبا بخلاف اقرار البنت فى مرضها بان الشئ الفلانى ملك أبى أو أمى لا حق لى فيه أو انه كان عندى عارية فانه يصح ولا تسمع دعوى زوجها فيه بحر ودر عن الاشباه (قوله والارث مؤخر عن دين أقر به فى مرضه) يفهم من هذا انه جعل الضمير فى قوله وأخر الارث عنه لما أقر به فى مرضه والاولى ان يجعل راجعا لمطلق الدين وان كان خلاف الظاهر من كلام المتن حموى قلت وعلى ما فى الشارح من جعل الضمير لما اقر به جرى الزيلعى والعينى (قوله يستويان) لانه اقرار لا تهمة فيه لانه صادر عن عقل والذمة قابلة للحقوق فى الحالين و به قال مالك واحمد ولنا ان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض مرض الموت فى أول مرضه لانه عجز عن قضائه من مال آخر فالاقرار به صادف حق غرماء الصحة فكان محجورا عنه وانما استوى الدين المعروف السبب ودين الصحة لانه لما علم سببه انتفت التهمة فى الاقرار به عينى (قوله وان أقر المريض الخ) أو اسند الاقرار الى الصحة كما فى الاشباه (قوله بطل) الا اذا أقر باستهلاك وديعة لوارثه فيختص به الوارث شرنبلالية عن قاضى زاده وأقول ينبغى تقييده بما اذا كانت الوديعة معروفة لقوله فى الاشباه بمجرد الاقرار للوارث موقوف على الاجازة سواء كان بدين أو عين أو قبض دين منه أو الابراء الا فى ثلاث لو اقر باتلاف وديعته المعروفة أو أقر بقبض ما كان عنده وديعة أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه و يلحق بالثانية اقراره بالامانات كلها ولو مال الشركة أو العارية انتهى (قوله الا ان يصدقه البقية) وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية زيلعى فاذا صدقوه فى حياة المقر فلا حاجة الى التصديق بعد الموت بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا ينفذ الا باجازة الورثة بعد موت الموصى حموى عن التتمة ولو ادعى المقر له ان الاقرار فى الصحة وكذبه بقية الورثة فالقول لهم ولو أقاما البينة فبينة المقر له أولى بحر فلو لم يكن له وارث آخر وأوصى لزوجته أو هى له صحت الوصية وأما غيرهما فيرث الكل فرضا وردا فلا يحتاج لوصية در عن الشرنبلالية (قوله وقال الشافعى يصح) اما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبى وبوارث آخر

بسبب معروف قدم على ما أقر به فى
مرضه وأخر الارث عنه) أى اذا أقر
رجل فى مرض موته بديون وعليه
ديون فى صحته وديون لزمته فى مرضه
بأسباب معلومة من القرض والشراء
والتزوج وعاين الشهود هذه
الاسباب فدين الصحة والديون
المعروفة الاسباب مقدم على ما أقر
به فى مرضه والارث مؤخر عن دين
أقر به فى مرضه وقال الشافعى دين
المرض ودين الصحة يستويان (وان
أقر المريض لوارثه) مطلقا سواء أقر
بدين أو عين (بطل) الاقرار (الا أن
يصدقه البقية) أى الا أن يصدقه
بقية ورثة المريض فى الاقرار وقال
الشافعى يصح (وان أقر) المريض
بدين او عين (لاجنبى

و بوديعة مستهلكة للوارث وهى معروفة بأن أودعها على رؤس الاشهاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين (قوله صح وان أحاط بماله) أى وليس عليه دين ولو فى المرض بسبب معروف شرنبلالية عن قاضى زاده (قوله والقياس ان لا يصح الخ) لان الشرع قصر تصرفه على الثلث الا انا تركناه باثر عمر رضى الله عنه فانه قال اذا أقر الرجل فى مرضه لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط بماله حموى ولانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من اتواء مالهم فينسد عليهم طريق التجارة أو المداينة زيلعى (قوله ثبت نسبه) لان النسب من الحوائج الاصلية ولا تهمة فيه عينى بقى ان يقال لم يشترط المصنف ولا الشارح لثبوت نسبه وجود التصديق من المقر له به مع انه شرط حيث كان من أهل التصديق شرنبلالية عن الينابيع وقوله حيث كان من أهل التصديق أى بأن كان يعبر عن نفسه (قوله وبطل اقراره) لان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فيظهر ان البنوة ثابتة زمان الاقرار حموى ولو لم يثبت نسبه بان كذبه او عرف نسبه صح الاقرار لعدم ثبوت النسب شرنبلالية عن الينابيع (قوله وعند زفر بطل) لحصول التهمة لانها وارثة عند الموت ولنا انه أقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده عينى لان الزوجية تقتصر على زمان التزوج بخلاف النسب فانه يستند الى وقت العلوق (قوله تبطل الهبة والوصية) اتفاقا لان الوصية تمليك بعد الموت وهى وارثة حينئذ فلا يصح والهبة فى المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث فلا تصح أيضا عينى (قوله وان أقر لمن طلقها ثلاثا) يعنى بائنا ولو بدون الثلاث شرنبلالية وهذا اذا كانت فى العدة وطلقها بسؤالها فان مضت العدة جاز لعدم التهمة وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لانها وارثة اذ هو فار تنوير وشرحه وان كانت ممن لا ترث بان كانت ذمية صح اقراره لها من جميع المال ووصيته من الثلث حدادى (قوله فلها الاقل الخ) ويدفع لها بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة فى أعيان التركة در عن الشرنبلالية وانما كان لها الاقل لقيام التهمة ببقاء العدة فربما أقدم على الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على الارث ولا تهمة فى الاقل درر (قوله ولو أقر بغلام الخ) لا يخفى ان المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه شرنبلالية قال الحموى وكان الاولى تقديم هذه المسئلة على قوله ولو أقر لاجنبى ثم أقر ببنوته لان الشروط الثلاثة هنا معتبرة هناك أيضا (قوله مجهول النسب) فى تولده أو فى بلد هو فيها در وقال الحموى أى لا يعلم له أب فى بلده كما فى شرح التلخيص والظاهر ان المراد بلد هو فيه كما فى القنية لا مسقط رأسه كما ذكره البعض لان فيه حرجا انتهى معزيا الى الحواشى اليعقوبية (قوله وصدقه الغلام) المعبر عن نفسه لان الحق له ومن لم يعبر عن نفسه لا يعتبر تصديقه حموى وسيصرح به الشارح (قوله فى باب اقرار المريض لا يحسن) وقد اجاب الشارح السمرقندى عن المصنف بانه انما قال ذلك لدفع الوهم كذا ذكره الحموى قال شيخنا وهو ان المرض لا يمنع صحة الدعوة لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح بمهر المثل انتهى (قوله ويشارك الورثة) لانه من ضرورات ثبوت النسب زيلعى ثم لا يصح الرجوع لان النسب بعد ثبوته لا يحتمل الابطال بخلاف الرجوع عن الاقرار لنسب نحو الاخ فانه يصح لعدم ثبوته لانه كالوصية وان صدقه المقر له كما فى البدائع لكن فى الدر عن المصنف معزيا لشرح السراجية بالتصديق يثبت فلا ينفع الرجوع الخ (قوله وصح اقراره بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشروطه ما بيناه فى الابن زيلعى واعاد صحة الاقرار بالولد لذكر جملة ما يصح فى جانب الرجل وأفاد بالصراحة صحة الاقرار بالام قال فى العناية وهو رواية تحفة الفقهاء وشرح الفرائض للامام سراج الدين لمصنفه والمذكور فى المبسوط والايضاح والجامع الصغير للمحبوبى ان اقرار الرجل يصح بأربعة بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة انتهى ومن الظاهر ان الابن ليس بقيد فخرج صحة الاقرار بالبنت انتهى وقال فى البرهان يصح اقراره بالولد والوالدين يعنى الاصل وان علا انتهى ونظر فيه العلامة المقدسى بما فى الزيلعى اذا اقر بالجد أو ابن الابن لا يصح اذ فيه حمل

صح وان احاط بماله) يعنى وان أقر بجميع ماله والقياس ان لا يصح اقراره الا فى الثلث (وان أقر المريض (لاجنبى) مجهول النسب (ثم أقر ببنوته ثبت نسبه) من المريض (وبطل اقراره وان أقر) المريض (لاجنبية ثم نكحها صح) الاقرار وعند زفر بطل (بخلاف الهبة والوصية) أى لو وهب المريض أو أوصى لاجنبية ثم تزوجها تبطل الهبة والوصية (وان أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أى فى المرض (فلها الاقل) حال كونه (من الارث والدين وان أقر بغلام مجهول) النسب (يولد مثله) لمثله انه ابنه وصدقه لغلام (ثبت نسبه) من المقر (ولو) كان المقر (مريضا ويشارك) الغلام (الورثة) وانما قيد بقوله مجهول لانه لو كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه وبقوله يولد لمثله لانه لو لم يكن كذلك لا يثبت نسبه منه وانما شرط تصديق الغلام لان المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لانه فى يد نفسه اما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه قوله ولو مريضا فى باب أقرار المريض لا يحسن (وصح اقراره بالولد) بأن قال رجل هذا ولدى (والوالدين) بأن قال هذا ابى وامى (والزوجة)

(قوله قوله فى باب اقرار المريض لا يحسن حق هذه القولة التأخير عن قوله قوله ويشارك الورثة كما هو ظاهر

النسب على الغير انتهى شرنبلالية وعبارة الحموي عن حواشي الحفيد على صدر الشريعة ان صحة الاقرار بالام موافق لما في الهداية والكافي وتحفة الفقهاء لكنه مخالف لعامة الروايات على ما في النهاية والخلاصة والمحيط وقاضيخان حيث صرحوا بانه لا يجوز اقرار الرجل بوارث مع ذي قرابة معروفة الا بأربعة الاب والابن والزوجة والمولى وفيما وراء الاربعة كالام مثلا لا ترث مع الوارث المعروف أما الاقرار فصحيح في نفسه حتى يقدم المقر له على بيت المال اذا لم يبق وارث معروف الخ وقال في الدر وما ذكره من صحة الاقرار بالام كالاب هو المشهور الذي عليه الجمهور وهو الحق بجامع الاصالة فكانت كالاب فليحفظ (قوله اذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير الخ) وأقول ينبغي ان يراد وان لا تكون مجوسية او وثنية حموي (قوله والمولى) أي الاعلى والاسفل اذا لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير شرنبلالية عن قاضي زاده (قوله ان شهدت قابلة) اوغيرها بالتعين الولد أما النسب فبالفراش ولو معتدة جحدت ولادتها فبحجة تامة در (قوله اوصدقها زوجها) وكانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزم بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها عيني قال في الدر بقي لو لم يعرف لها زوج غيره لم أره فيحرر انتهى وأقول غاية ما يلزم على عدم معرفة زوج آخر لها كونه من الزنا مع انه ليس بلازم وبفرض تحقق كونه من الزنا يلزمها أيضا لان ولد الزنا واللعان يرث بجهة الام فقط فلا وجه للتوقف في ذلك (قوله ولا بد من تصديق هؤلاء) يعني الولد والوالدين والزوجة والمولى والزوج لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه عيني (قوله بعد موت المقر) لبقاء النسب بعد موت المقر وان أقر بنكاحها فصدقته بعد موته صح حتى يكون لها الميراث والمهر لبقاء حكم النكاح وهو العدة شيخنا (قوله لم يصح تصديقه عند أبي حنيفة) لانها لما ماتت زال النكاح بعلائقه حتى يجوز له ان يتزوج أختها وأربعا سواها ولا يحل له ان يغسلها فبطل اقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الاقرار وقول العيني وكذا اذا أقر الرجل بالزوجية فصدقته المرأة بعد موته عند أبي حنيفة ظاهر في التسوية بين الزوج والزوجة وليس كذلك ولهذا تعقبه الشيخ شاهين بان تصديق الزوجة بعد موت الزوج صحيح بالاتفاق لان حكم النكاح باق في حقها وهي العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حال الحياة وانما الخلاف في تصديق الزوج بعد موتها فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز كما في الزيلعي (قوله وعندهما يصح الخ) لبقاء النكاح بعد موت المرأة في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب منه لم يوجد ولهذا لو أقام البينة بعد موتها تقبل (قوله وان أقر بنسب نحو الاخ والعم) كذا الجد وابن الابن كما في التنوير ولهذا اعترض في الدرر على الدرر حيث قال أقر بنسب من غير ولاد الخ بانه فاسد اذ يرد عليه ما لو أقر بالجد وابن الابن واعلم ان الاقرار بابن الابن ذكره في التنوير وشرحه مطلقا لكن ذكره الحموي بخطه مقيدا بما اذا أقر به في حياة ابنه معللا بان فيه حمل النسب على الغير (قوله لم يثبت) أي في حق غيره ما لم يصدقه المقر عليه او الورثة وهم من أهل التصديق ويصح في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا عليه تنوير وشرحه بتصرف (قوله قريب كالعم او بعيد كمولى الموالاة) موافق لما في الزيلعي حيث مثل للقريب بذوي الارحام وللبعيد بمولى الموالاة ويخالفه ما صرح به في العناية من ان الوارث القريب كذوي الفروض والعصبات والبعيد كذوي الارحام قال في الشرنبلالية وما قاله الزيلعي أوجه لان مولى الموالاة ارثه بعد ذوي الارحام مقدما على المقر له بنسب الغير انتهى (قوله ورثه) لانه أقر بنسب على الغير فلا يقبل وباستحقاق ماله بعده فيقبل حيث لا مزاحم اذ له ان يتصرف في ماله بما شاء فيوصي بجميعه فيجعله لهذا المقر له فهو وصية من وجه فله ان يرجع عنه ارث من وجه فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث بدون اجازة المقر له ما دام على اقراره فلو أقر باخ

ثم

اذا كانت المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته وان لا يكون تحت المقر اختها ولا اربع سواها (والمولى) صح (اقرارها) أي المرأة (بالوالدين والزوج والمولى وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها زوجها) أي صدق المرأة زوجها في الاقرار (ولا بد من تصديق هؤلاء) اي انما يصح الاقرار في المسائل كلها اذا صدق المقر له في الاقرار (وصح التصديق) أي تصديق المقر له (بعد موت المقر) أي ان أقرت بنكاح لرجل وماتت فصدقها الزوج بعد موتها (لا) تصديق الزوج لم يصح تصديقه عند ابي حنيفة وعندهما يصح فعليه مهرها وله الميراث منها (وان أقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) نسبهما من الاب والجد (فان لم يكن له وارث غيره قريب) كالعم (أو بعيد) كمولى الموالاة (ورثه) المقر له

(والا بان كان) للمقر وارث قريب أو بعيد (لا) يرث المقر له حتى لو أقر باخ وله عم أو مولى الموالاة فالارث للعم أو مولى الموالاة (ومن مات أبوه فأقر باخ شركه فى الارث و) لكن (لم يثبت نسبه) منه (وان ترك ابنين وله) أى للميت (على) رجل (آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها وكذبه الآخر) (فلاشئ للمقر وللآخر خمسون) بعد ما يحلف بالله ما تعلم ان اباك قبض منه مائة

(كتاب الصلح) الصلح اسم بمعنى المصالحة (وهو خلاف المخاصمة وفى الشرع (هو عقد يرفع النزاع) وركنه الايجاب

ثم اوصى لآخر بكل ماله فلهذا الثلث ولو عكس اشترك كاحموى عن الكافى وقوله مادام على اقراره يفيد ان له الرجوع وان صدقه المقر له وفيه من الخلاف ماقد علمته سابقا فتنبه (تتمة) ارث المقر له حيث لا وارث له غيره يكون مقتصرا عليه ولا ينتقل الى فرع المقر ولا أصله لانه بمنزلة الوصية شيخنا عن جامع الفصولين (قوله والا لا يرث) لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف والمراد غير الزوجين لان وجودهما غير مانع درعن ابن الكمال (قوله ولكن لم يثبت نسبه) لما ذكرنا ان اقراره مقبول فى حق نفسه غير مقبول فى حق غيره قيل هذه المسئلة بعينها فهمت مما تقدم فتقع مكررة قلت ليس كذلك لان المقر فى المسئلة السابقة مورث وههنا وارث وان كانتا سواء فى عدم ثبوت النسب عينى (قوله شركه) بالكسر كعلم (قوله فلاشئ للمقر) ولا يرجع المقر على أخيه بنصف ماقبض وان تصادقا على الاشتراك فى المقبوض لانه لو رجع على أخيه لرجع اخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دينا على الميت والدين مقدم على الارث فيؤدى الى الدور درر (قوله بعد ما يحلف بالله ما تعلم ان أباك الخ) تعقبه الشيخ شاهين بان مسئلة المتن لا تحليف فيها ولعله سبق قلم وانما التحليف فيما اذا أقر ان أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما تعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم كما فى الزيلعى لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه انتهى وأقول قول الزيلعى بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لا ينافى ماذكره الشارح من انه يحلف لان تحليفه لا لحق الغريم بل لحق أخيه المقر اذ لو نكل عن الحلف شاركه المقر فى نصف المائة ولهذا صرح فى الدرر بانه يحلف فى كل من المسئلتين وعزا الاولى للكمال والثانية للزيلعى فقوله مسئلة المتن لا تحليف فيها ولعله سبق قلم غير مسلم (قوله قبض منه مائة) كذا فى كثير من النسخ وفى غيرها قبض منه خمسين وهو الصواب حموى

(كتاب الصلح)

مناسبة سابقه ان الصلح قد يكون عن اقرار وقد يقال وجه المناسبة ان الاقرار يحصل به قطع المنازعة كما يحصل بالصلح حموى ومافى الدرر من قوله أورده هنا لانه انما يصار اليه اذا لم يكن من المدعى عليه اقرار ولا للمدعى شاهد فبناء على الغالب اذ الصلح قد يكون بعد اقامة البينة أيضا قال عزمى زاده قلت وكان صاحب الدرر نسيه ونسى الصلح عن اقرار أيضا الخ (قوله وهو خلاف المخاصمة) ومعناه دال على حسنه الذاتى وكم من فساد انقلب به الى الصلاح ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور ولانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم ان جميع أنواعه حسن الخ ماذكره الزيلعى موافقا للشيخ برهان الدين فى عروس الافراح وغيره ناقضا به القاعدة المشهورة أعنى ما اذا ذكر الاسم مرتين فاما ان يكونا نكرتين او معرفتين فاذا كانا نكرتين فالثانى غير الاول غالبا والا لكان المناسب هو التعريف نحو الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة فان المراد بالضعف الاول النطفة وبالثانى الطفولية وبالثالث الشيخوخة وان كانا معرفتين فالثانى هو الاول غالبا حملا له على المعهود الذى هو الاصل فى اللام أو الاضافة نحو اهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم فاعبد الله مخلصا له الدين ألا لله الدين الخالص وقد اجتمع القسمان فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فالعسر الثانى هو الاول واليسر الثانى غير الاول

ولهذا قال عليه السلام في الآية لن يغلب عسر يسرين وان كان الاول نكرة والثاني معرفة فالثاني هو الاول حملا على المعهود نحو أرسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول فيها مصباح المصباح في زجاجة الزجاجة الى صراط مستقيم صراط الله ماعليهم من سبيل انما السبيل وان كان الاول معرفة والثاني نكرة فلا يطلق القول بل يتوقف على القرائن فتارة تقوم قرينة على التغاير نحو ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة يسألك أهل الكتاب ان تنزل عليهم كتابا من السماء ولقد آتينا موسى الهدى وأورثنا بني اسرائيل الكتاب هدى قال الزمخشري المراد بالهدى جميع ما آتاه من الدين والمعجزات والشرائع وهدى الارشاد وتارة تقوم القرينة على الاتحاد نحو ولقد ضربنا للناس في هذا القرآن من كل مثل لعلهم يتذكرون قرآنا عربيا ثم قال الشيخ برهان الدين الظاهر ان هذه القاعدة غير محررة فانها منتقضة بآيات كثيرة منها في القسم الثاني هل جزاء الاحسان الا الاحسان فانهما معرفتان والثاني غير الاول فان الاول العمل والثاني الثواب ومنها في القسم الاول وهو الذي في السماء اله وفي الارض اله يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه قل قتال فيه كبير فان الثاني فيهما عين الاول وهما نكرتان ومنها في القسم الثالث ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير ويؤت كل ذي فضل فضله ويزدكم قوة الى قوتكم فان الثاني فيها غير الاول قال الحافظ السيوطي في الاتقان واقول لا انتقاض بشئ فان اللام في الاحسان للجنس فهو كالنكرة وكذا آية النفس والحر بخلاف آية العسر فان ال فيها اما للعهد أو للاستغراق كما يفيده الحديث وكذا آية الصلح لا مانع من أن يكون المراد الصلح المذكور وهو الذي بين الزوجين واستحباب الصلح في سائر الامور يكون مأخوذا من السنة او من الآية بطريق القياس بل لا يجوز القول بعموم خيرية الصلح في الآية لان ما أحل حراما من الصلح أو حرم حلالا فهو ممنوع وكذا آية القتال ليس الثاني فيها عين الاول بلا شك لان المراد بالاول المسؤل عنه القتال الذي وقع في سرية ابن الحضرمي سنة اثنتين من الهجرة لانه سبب نزول الآية والمراد بالثاني جنس القتال لا ذاك بعينه وأما آية وهو الذي في السماء اله فقد أجاب عنه الطيبي بانه من باب التكرير لاناطة أمر زائد بدليل تكرير ذكر الرب فيما قبله من قوله تعالى سبحان رب السموات والارض رب العرش ووجهه الاطناب في تنزيهه تعالى عن نسبة الولد اليه وشرط القاعدة ان لا يقصد التكرير وقد ذكر الشيخ برهان الدين ان المراد بذكر الاسم مرتين كونه مذكورا في كلام واحد او كلامين من متكلم واحد بينهما تواصل بان يكون أحدهما معطوفا على الآخر وله به تعلق ظاهر وتناسب واضح ودفع ايراد آية القتال بان الاول فيها محكي عن قول السائل والثاني محكي من كلام النبي عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والقبول) وطلب الصلح كاف عن القبول من المدعى عليه ان كان المدعى لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لانه اسقاط للبعض وهو يتم بالمسقط وان كان مما يتعين بالتعيين فلا بد من قبول المدعى عليه لانه كالبيع تنوير وشرحه عن العناية والبحر وليس المراد أن الطلب من المدعي يكفي عن قبول المدعى عليه كما قد يتوهم وانما المراد ان طلب المدعى عليه الصلح يكفي عن القبول منه ولهذا قال السيد الحموي وفي غير ما يتعين بالتعيين يكفي طلب المطلوب عن القبول انتهى (قوله وشرطه أن يكون البدل الخ) وكذا العقل لا البلوغ والحرية فصح من صبي مأذون ان عري عن ضرر بين ومن عبد مأذون ومكاتب والمصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص والتعزير لا ما لا يجوز الاعتياض عنه كحق شفعة وحد قذف وكفالة بنفس تنوير لكن ذكر في البحر قبيل كتاب المضاربة ضمن فروع ذكرها عن المجتبى أن الصلح عن دعوى حق شرب او شفعة أو وضع جذع ونحوه يجوز على الاصح واعلم انه يشترط للصلح شرط ما يلحق به لان الاصل ان الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما أمكن وفيه انه قد يقع على ترك الدعوى من الجانبين وامكان حمل مثله على شئ من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد حموي عن تكملة قاضي زاده وسيبه تعلق البقاء المقدر

بتعاطيه

والقبول وشرطه ان يكون البدل اى الصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه

بتعاطيه وحكمه فى مصالح عليه ملكه للمدعى مقرا كان المدعى عليه أو منكرا وفى المصالح عنه وقوع الملك للمدعى عليه ان احتمل التمليك كالمال فى الاقرار وان لم يحتمل التمليك كقود وبراءته فبراءته عن الدعوى كما فى الانكار مطلقا فلو انكر فصالح ثم أقر لا يلزمه ما أقر به وكذا لو برهن بعد صلحه لا يقبل بحر والصلح بعد الحلف يصح عند محمد لقيام الخصومة ولهذا تسمع البينة وعند أبى يوسف لا يصح لان اليمين بدل عن المدعى وقد استوفاه (قوله والا لم تشترط معلوميته) كما لو ادّعى كل واحد منهما حقا فى دار الآخر وتصالحا على أن يترك كل واحد دعواه قبل صاحبه صح وان كان المصالح عليه مجهولا من الجانبين لان جهالة الساقط لا تفضى الى المنازعة حموى (قوله وهو جائز الخ) لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وباقى البيان على وجه التحقيق فى الزيلعى والمراد من جواز الصلح اعتباره فى اثبات ملك المدعى فى بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق المدّعى فى أصل الدعوى حموى عن الحقائق (قوله وقال الشافعى لا يجوز الصلح مع انكار او سكوت) لانهما صلح أحل حراما لانه أخذ المال بغير حق فى زعم المدّعى عليه فكان رشوة قلنا معنى قوله عليه الصلاة والسلام أحل حراما أو حرم حلالا أى لعينه كما اذا صالح على ترك وطء الضرة أو على ان لا يتصرف فى بدل الصلح أو ان يجعل عوض الصلح خمرا أو خنزيرا وقوله أخذ المال بغير حق فى زعم المدّعى عليه فكان رشوة غير مسلم لانه فى زعم المدّعى عين حقه أو بدله فهو حلال أخذه وفى حق المدّعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضا حلال ولو قلنا انه رشوة فهى جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشى والمرتشى المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها لبعض الظلمة يستعين بها على الظلم وأما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيها حتى روى عن أبى يوسف انه أجاز ذلك للوصى من مال اليتيم لدفع الضرر عن اليتيم الخ الزيلعى (قوله أى فى المصالح عنه) الاولى أن يجعل الضمير المجرور بادات الظرف راجعا لهذا الصلح ليشمل المصالح عنه وعليه كما فى شرح العينى حتى لو صالح عن دار بدار وجبت فيهما الشفعة أو صالح عن دار بعرض وجبت فيها الشفعة حموى (قوله وارد بالعيب) بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدّعى فيه عيبا له ان يردّه لانه اعتبر بيعا عينى (قوله وخيار الرؤية) بان لم ير المصالح ما وقع عليه الصلح وقت الصلح ثم رآه له الخيار فيه كما لو اشترى ما لم يره عينى (قوله وخيار الشرط) بان تصالحا على شئ فشرط أحدهما الخيار لنفسه لانه من أحكام المبيع عينى (قوله ويفسده جهالة البدل) أى الذى وقع عليه الصلح لانه بيع فصار كجهالة الثمن عينى ويشترط القدرة على تسليم البدل در وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا زيلعى (قوله اذا كان يحتاج الى قبضه) اما ما لا يحتاج الى قبضه لا تضره الجهالة لانها جهالة فى الساقط كما سبق (قوله لا جهالة المصالح عنه) لانه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة كما فى الزيلعى بخلاف بدل الصلح (قوله وان استحق الخ) صورته كما فى العينى ادعى زيد دارا فى يد عمرو فأقر عمرو وصالح زيدا على مائة درهم فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق نصف الدار مثلا يرجع عمرو على زيد بخمسين درهما انتهى (قوله أو بكله) أى بكل العوض حتى اذا استحقت الدار كلها فى الصورة المذكورة يرجع عمرو على زيد بمائة درهم وهو كل العوض عينى واعلم ان فى كلام المصنف لفا ونشرا مرتبا (قوله رجع المدّعى على المدّعى عليه) وقع فى بعض نسخ العينى عكس ما ذكره الشارح حيث قال رجع المدّعى عليه على المدّعى وفى بعضها كما هنا بتقديم المدّعى على المدّعى عليه وهو الصواب (قوله بكل المصالح عنه الخ) لانه مبادلة كما ذكره العينى وفى كلام المصنف لف ونشر مرتب نظير ما قبله (قوله اعتبر اجارة) لما ذكرنا من أنه يحمل على أشبه العقود به اذ العبرة للمعانى فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض زيلعى (قوله فيشترط التوقيت) يعنى فى الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى الدار سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة

والا لا تشترط معلوميته (وهو) اى الصلح (جائز باقرار) المدعى عليه الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار (و) صلح مع (سكوت) وهو ان لا يقر المدعى عليه بما ادعاه المدّعى ولا ينكره (و) صلح مع (انكار) ذلك وقال الشافعى لا يجوز الصلح مع انكار او سكوت (فان وقع) الصلح (عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا) يعنى تجرى فيه احكام البيع (فتثبت فيه) أى فى المصالح عنه (الشفعه) اذا كان عقارا (والرد بالعيب وخيار الرؤيه) أى يرد بخيار الرؤيه وخيار الشرط (ويفسده جهالة البدل) اذا كان يحتاج الى قبضه (لا جهالة المصالح عنه) وهو المدّعى (وان استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدّعى عليه) على المدّعى (بحصة ذلك) أى بحصة ما استحق من المصالح عنه حال كون الحصة (من العوض او) رجع (بكله) ولو استحق المصالح عليه) أى بدل الصلح (كله او بعضه رجع) المدّعى على المدّعى عليه (بكل المصالح عنه او ببعضه وان وقع) الصلح (عن مال بمنفعة اعتبر اجارة) يعنى تجرى فيه احكام الاجارة (فيشترط التوقيت) أى توقيت استيفاء تلك المنفعة حتى لو صالح على سكنى بيت ابدا أو حتى يموت المدّعى لا يجوز كذا فى المحيط

أو حمل الطعام الى موضع زيلعى (قوله ويبطل الصلح بموت أحدهما) ان عقده لنفسه لانه اجارة وهذا حكمها وقول السيد الحموى أى الصلح عن مال لمنفعة لا مطلقا لا حاجة اليه اذ الكلام فيه (فرع) اذا بطل الصلح بطل ما فى ضمنه من الاقرار الصادر من مدع أو مدعى عليه كذا قيل معزيا للحموى وأقول عبارة الحموى عن القنية بخطه اذا أقر المدعى فى ضمن الصلح انه لا حق له فى هذا الشئ ثم بطل الصلح يبطل اقراره الذى كان فى ضمنه وله أن يدعيه عليه بعد ذلك والمدعى عليه اذا أقر عند الصلح بان هذا الشئ للمدعى ثم بطل الصلح فانه يرد ذلك الشئ الى المدعى انتهى فهى صريحة فى ان اقرار المدعى عليه فى ضمن الصلح لا يبطل ببطلانه فتنبه (قوله وكذا اذا هلك محل المنفعة الخ) لانه اجارة وهى تبطل بذلك ولو كان الصلح على خدمة عبد فقتل ان كان القاتل المولى بطل والا ضمن قيمته واشترى بها عبدا يخدمه ان شاء كالموصى بخدمته بخلاف المرهون حيث يضمن المولى بالاتلاف والعتق وانما يعتبر اجارة اذا وقع على خلاف المدعى به فان ادعى دارا فصالحه على سكناها شهرا فهو استيفاء لبعض حقه لا اجارة فتصح اجارته للمدعى عليه بحر واعلم ان التفصيل بين المولى وغيره هو مذهب أبى يوسف وعند محمد يبطل مطلقا كما ذكره الزيلعى والعينى ونصه وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد مطلقا كالاجارة وعند أبى يوسف ينظر فان قتله المدعى أو الاجنبى يضمن قيمته ويشترى بقيمته عبدا فيخدمه الخ فعلى صاحب البحر مؤاخذة (قوله لا يبطل الصلح الخ) لان الصلح لقطع المنازعة وفى ابطاله بموت أحدهما اعادتها فيبقى فيما لا تتفاوت الناس فيه مطلقا لامكان الاستيفاء فيه اما باستمرار العاقد أو باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدعى يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه لتضرر المالك بذلك (قوله فداء لليمين وعوض عنه فى حق المنكر) لانه فى زعمه لا حق عليه وان المدعى مبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا يحلف عينى (قوله ومعاوضة فى حق المدعى) لانه فى زعمه انه يأخذه عوضا عن ماله وانه محق فى دعواه ويجوز ان يكون لشئ واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل فى المتناكحين والحرمة فى أصولهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما يزعم عينى (قوله فلا شفعة ان صالحه عن دار بهما) لكن للشفيع ان يقوم مقام المدعى فيدلى بحجته فان كان للمدعى بينة اقامها الشفيع عليه واخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين ان الصلح كان فى معنى البيع وكذا ان لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل درعن الشرنبلالية (قوله وتجب لو صالح على دار بهما) لان المدعى يأخذها عوضا عن حقه فى زعمه وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها عينى (قوله ورد المدعى البدل على المدعى عليه) توضيحه زيد ادعى دارا فى يد عمرو فانكر عمرو او سكت ثم صالح على مائة فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو ثم استحق كل الدار فان زيدا يرد المائة الى عمرو ويرجع بالخصومة فى الدار الى المستحق لانه قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له ان يخاصمه عينى (قوله ولو استحق بعضه فبقدره) صورته استحق نصف الدار مستحق فى المسئلة المذكورة يرد زيد خمسين الى عمرو ويرجع الى المستحق بالخصومة فى النصف الثانى عينى (قوله رجع المدعى الى الدعوى فى كله أو بعضه) لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى الا اذا كان مما لا يقبل النقض فانه يرجع بقيمته كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما فى الجامع الكبير كذا فى الاشباه وقوله الا اذا كان الخ أى الا اذا كان المصالح عنه المفهوم من المقام والضمير فى قوله بقيمته يرجع للمصالح عليه ففى العبارة تفكيك حموى وقوله كالقصاص فيه نظر فانه ذكر فى الجامع الكبير اذا كانت الدعوى قصاصا فصالحه المدعى عليه من غير اقرار على جارية فاستولدها المدعى ثم استحقت وأخذها المستحق وضمنه العقد وقيمة الولد فان المدعى يرجع الى دعواه فلو أقام البينة أو نكل المدعى عليه رجع بقيمة الولد وقيمة الجارية أيضا ولا يرجع بما ادعاه لان الصلح

(ويبطل) الصلح (بموت أحدهما) مطلقا أى اذا هلك المدعى أو المدعى عليه وكذا اذا هلك محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد فيعود المدعى على رأس الدعوى ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقى ويرجع فى دعواه بقدره وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفى المنافع على حالها وان مات المدعى وكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب ولو قال ويبطل بهلاك المحل لكان أولى ليتناول كل واحد ولما فرغ من مسائل الصلح مع اقرار شرع فى مسائل الصلح مع سكوت وانكار فقال (والصلح عن سكوت أو انكار فداء اليمين) وعوض عنه فى حق المنكر ومعاوضة فى حق المدعى (فلا شفعة) للجار على المدعى عليه (ان صالحه عن دار بهما) أى بسكوت وانكار (وتجب) الشفعة للجار على المدعى (لو صالح على دار بهما) كله بعد التنازع فيه (ولو استحق المتنازع فيه) على المدعى (رجع المدعى) على المستحق (بالخصومة ورد) المدعى (البدل) على المدعى (عليه) ولو استحق (بعضه فبقدره) ولو استحق المصالح (عليه) كله أو بعضه رجع المدعى الى الدعوى فى كله أو بعضه

عنه وهو لا ينتقض وقوله والعتق والنكاح والخلع أقول لم يجعل فى الجامع الكبير العتق وما عطف عليه مثالا الا اذا كان المصالح عنه لا يقبل النقض بل نظيرا للقصاص فى عدم قبول النقض ومن ثم قال بعض الفضلاء تصوير المسئلة فيها يحتاج الى امعان النظر والتأمل كذا فى حاشية الاشباه للحموى واعلم انه اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعى فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة كما فى العينى (قوله وهلاك بدل الصلح بعد التعيين الخ) هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك كما فى الزيلعى (قوله وقدم حكمهما) فان كان عن اقرار رجع بعد الهلاك الى المدعى وان كان عن انكار رجع بالدعوى درر واقتصر على ذكر الانكار ولم يذكر السكوت لانه فى حكمه (تتمة) الصلح عن كل ما يدعيه او بعضه صحيح بلا فرق بين العين والدين فى ظاهر الرواية فلا تصح الدعوى بعده وان برهن كما فى العزمية بالعزو الى البزازية ومشى عليه فى الاختيار وعزاه فى الدر الى الشرنبلالية خلافا لما فى الدرر والتنوير من انه لو صالح على بعض ما يدعيه فانه لا يصح حتى لو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لا يصح وهو على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى يكون استيفاء لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على العين بل هو مخصوص بالدين ونقل الحموى عن حواشى صدر الشريعة للحفيد ما نصه معنى قولنا البراءة عن الاعيان لا تصح ان العين لا تصير ملكا للمدعى عليه لا ان يبقى المدعى على دعواه الخ ولو صالح عن دعوى مجهولة فى دار فاستحق بعضها لم يرد شيئا من العوض أما اذا ادعى نصف دار وقال نصفها لمن هى بيده فصالحه على دراهم فاستحق نصفها رجع بنصف الدراهم ولو قال نصفها لفلان آخر ولا ادرى لمن هو لم يرجع بشئ حتى يستحق كلها او اكثر من النصف حموى واذا استحق الكل يرجع عليه بكل ما أخذ وان استحق اكثر من النصف فبحسابه بان ينظر للقدر المستحق كم نسبته للنصف (فصـــــل) لما فرغ من بيان الصلح وشرائطه وانواعه شرع فى بيان ما يجوز الصلح عنه وما لا يجوز حموى (قوله جاز صلحه) أى الصلح فيه حموى (قوله الصلح جائز عن دعوى المال) لانه فى معنى البيع فى حقهما ان وقع بمال عن اقرار وفى حق المدعى وحده ان وقع عن انكار وسكوت وفى حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة عينى (قوله والمنفعة) لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس كان يصالح عن السكنى على خدمة العبد أما اذا اتحد جنساهما كالصلح عن السكنى بالسكنى فلا يجوز كما فى العينى والزيلعى قال السيد الحموى لكن فى الولوالجية ما يخالفه حيث قال واذا ادعى سكنى دار فصالحه على سكنى دار أخرى مدة معلومة جاز واجارة السكنى بالسكنى لا تجوز قال وانما كان كذلك لانهما ينعقدان تمليكا بتمليك انتهى (قوله بان ادعى فى دار سكنى سنة الخ) كذا صور المسئلة فى الجوهرة على ما ذكره الشرنبلالى ونصه صورة دعوى المنافع ان يدعى على الورثة ان الميت اوصى له بخدمة هذا العبد وانكر الورثة لان الرواية محفوظة على انه لو ادعى استئجار عين والمالك ينكر ثم تصالحا لم يجز كذا فى المستصفى انتهى وأقول يرد عليه ما فى البحر حيث صرح بان صلح المستأجر مع المؤجر عند انكاره الاجارة جائز (قوله العمد والخطأ الخ) وسواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية نزلت فى الصلح عن دم العمد وأما الخطأ فى النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جائز الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على اكثر من الدين من جنسه فى دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر

وهلاك بدل الصلح) بعد التعيين (قبل
التسليم) الى المدعى (كاستحقاقه)
أى استحقاق بدل الصلح فى الحكم
(فى الفصلين) أى فى الصلح عن اقرار
والصلح عن انكار وسكوت وقدم
حكمهما آنفا والله أعلم

(فصـــل) واعلم ان ما جاز بيعه جاز
صلحه (الصلح جائز عن دعوى المال
والمنفعة) بان ادعى فى دار سكنى سنة
أو فى عبد خدمته سنة فجحده رب المال
أو اقربه ثم مات وجحده الورثة فصالحه
الوارث على شئ من عين أو منفعة جاز
(و) عن دعوى (الجناية) هذا اللفظ
يتناول العمد والخطأ والنفس وما دونه

الدية وكذا على الاقل وان كان أقل من عشرة دراهم لانه لا موجب له فى المال ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيف ما كان لعدم الربا الا انه يشترط القبض فى المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا فى الذمة لئلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضى باحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس آخر فامكن الحمل على المعاوضة زيلعى (قوله بخلاف الحد) لان الحدود حق الله تعالى لا حق المرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت ان ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها على شئ حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان رجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق للعامة فلا ينفرد به بخلاف الامام اذا صالح عنه على مال حيث يجوز لان له ولاية عامة وله ان يتصرف فى مصالحهم ولهذا لو باع شيئا من بيت المال جاز بيعه وبخلاف ما اذا كان فى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز فى حقه لانه مفيد اذ يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين زيلعى ولو صالح شفيع عن حق شفعته بمال سقطت وبطل الصلح كخيار الشرط والعيب وخيار المخيرة والكفالة بالنفس كالشفعة واختلف فى بطلان الكفالة والفتى به بطلانها حموى عن العناية والبيانية (قوله أو سارقا) اطلقه فعم ما لو وقع الصلح بين السارق ورب المال المسروق اذا كان بعد ما رفع الى القاضى وكان بلفظ العفو حيث لا يصح بالاتفاق وان كان بلفظ الهبة أو البراءة سقط القطع عندنا كما فى الشرنبلالية عن قاضيخان ومن هنا تعلم ما فى الدرر حيث صور المسئلة بقوله بان اخذ سارقا من غيره الخ ولذا اعترض عليه فى الشرنبلالية بقوله لا يختص عدم صحة الصلح بالسرقة من غيره انتهى وأقول انما قيد بالسارق من غيره لانه لو كان سارقا منه فاصطلح معه قبل الرفع الى القاضى صح الصلح وسقط القطع سواء وقع بلفظ العفو أو بلفظ آخر كالهبة على ما يعلم من سياق كلام قاضيخان وكذا بعد الرفع اذا كان بلفظ الهبة أو البراءة بخلاف السارق من غيره حيث لا يصح الصلح معه مطلقا فليتدبر (قوله فهو باطل الخ) ولا يسقط حد الزنا والشرب سواء كان الصلح قبل الرفع أو بعده وحد القذف يسقط به لو قبل الرفع ووجه بطلان الصلح عن حد القذف مع ان فيه حق العبد هو ان الغالب فيه حق الله تعالى بخلاف التعزير والقصاص فى النفس وما دونها لانهما حق العبد كما فى الدرر (قوله وعن دعوى النكاح) عبارة الدرر وعن دعوى الزوج النكاح قال فى الشرنبلالية لو أسقط لفظ الزوج لكان اولى ثم قال وهذا اذا لم تكن ذات زوج لانه لو كان لها زوج لم يثبت نكاح المدعى فلا يصح الخلع انتهى (قوله مطلقا) أى سواء كان دعوى النكاح من قبل الزوج او المرأة حموى (قوله فصالحها على مال جاز) كان زاد فى مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل لا الزيادة درر (قوله نسخ المختصر) أى مختصر القدورى حموى (قوله وفى بعضها قال لم يجز) اختار عدم الجواز صاحب الوقاية واطال صاحب غاية البيان فى ترجيحه حموى لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة اذ لم يسلم له شئ فى هذه الفرقة وهى يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هى على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا قطع الخصومة فلا يصار اليه زيلعى وكذا جرى على تصحيح عدم الجواز فى المجتبى والاختيار والملتقى وصحح الصحة فى درر البحار كما فى الدر فقد اختلف التصحيح (قوله لانكار المدعى عليه) فلو وقع الصلح باقرار من المدعى عليه يكون عتقا بمال فى حق المدعى والمدعى عليه فيثبت الولاء درر (قوله دون اثبات الملك) لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا فى كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعى لانه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعى كاذب لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض ونظيره المقر له اذا كان يعرف ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة زيلعى (قوله لم يجز صلحه عن نفسه) لانه ليس من التجارة فلم يلزم المولى لكن يسقط به القود

ويؤاخذ

(بخلاف الحد) فانه لا يصح الصلح من دعوى حد حتى لو أخذ زانيا أو سارقا اوشارب خمر فصالح على مال على ان لا يرفعه الى السلطان فهو باطل ويرد ما أخذ (و) الصلح جائز (عن) دعوى (النكاح) مطلقا (و) من (الرق) (وكان خلعا وعتقا على مال) والصلح من دعوى النكاح على وجهين احدهما ان يدعى رجل على امرأة نكاحا وهى تجحد فصالحته على مال جاز والثانى ان تدعى امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال جاز هكذا فى بعض نسخ المختصر وفى بعضها قال لم يجز قوله والرق أى الصلح جائز عن دعوى الرق اذا ادعى على مجهول انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال جاز ويجعل فى حق المدعى عليه بدلا لدفع الخصومة وفى حق المدعى كانه اعتقه على مال الا انه لا ولاء له لانكار المدعى عليه الا ان يقيم المدعى بينة فتقبل بينته على اثبات الولاء دون اثبات الملك (وان قتل العبد المأذون رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه) مطلقا (وان قتل عبد له) أى عبد العبد المأذون (رجلا عمدا فصالحه عنه)

و يؤاخذ بالبدل بعد عتقه در وقول الشارح مطلقا أى سواء كان المأذون مديونا أولا (قوله أى صالح العبد المأذون عن عبده الخ) لان استخلاصه عبده كشرائه لانه باستحقاق القتل كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له ان يشتريه فكذا له ان يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى احد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش له ولهذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدى منها كتابته ويحكم بحريته فى آخر حياته ويكون الفضل لهم زيلعى واعلم ان ما يريده الشارح حيث قال أى صالح العبد المأذون عن عبده هو الظاهر بخلاف ما فى الدرر حيث قال أى صح صلح المولى عن نفس عبد له فعل القتل عمدا ولهذا تعقبه عزمى زاده بان الكلام على مصالحة العبد المأذون بقتل وجعل المولى عبارة عن العبد المأذون تعسف لا يخفى انتهى ووجه التعسف ان المولى انما يطلق على الاسفل بعد عتقه ورق المأذون قائم فلا يصح اطلاق المولى عليه كذا بخط شيخنا عن شيخه (قوله ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته الخ) يعنى قبل القضاء بالقيمة حتى لو كان بعد القضاء بالقيمة لا يجوز لان تقدير القاضى كالشارع تنوير وشرحه واذا لم يجز الصلح على ما يزيد على القيمة بعد القضاء بها يلزمه رد الزيادة (قوله صح عند أبى حنيفة) فلا تقبل بينة الغاصب بعد الصلح ان قيمته اقل مما صالح عليه ولا رجوع للغاصب على المغصوب منه بشئ لو تصادقا بعد الصلح انها اقل تنوير وشرحه (قوله يبطل الفضل) لان الواجب هو القيمة وهى مقدرة من النقود فالزيادة عليها تكون ربا وله ان حقه فى الهالك باق وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فاذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربا واما الصلح با كثر من قيمته على العرض فهو جائز بالاجماع لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس عينى والحاصل ان الامام يقول ان الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة والصاحبان يقولان ان القيمة هى الواجبة فى ضمان العدوان لانها هى التى يمكن وجوبها فى الذمة دون العين فيكون المأخوذ بدلا عن القيمة عند الصاحبين فما زاد على القيمة يكون ربا شيخنا (قوله بما لا يتغابن الناس) يعنى اذا كان الصلح على غير عرض اذا الصلح على عرض لا خلاف فيه مطلقا كما سبق عن العينى ومنه علم ما فى كلام الشارح من الايهام (قوله أى المعتق الشريك) بنصب المعتق اذ هو بيان للمفعول وهو الضمير فى فصالحه ولولا وجود الضمير لكان المتبادر رفعه ونصب الشريك (قوله لا يصح الصلح فى حق الزيادة من نصف قيمته) لان ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضى وبه يتقرر فكذا بما هو فوقه تبيين (قوله وان صالحه على عرض قيمته أكثر منه جاز) أى بالاجماع لما سبق من ان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس (قوله بالصلح عنه) اطلاقه صادق بما اذا صدر التوكيل من الجانى أو ولى الجنى عليه بالنسبة للصلح عن دم عمد وكذا صادق بما لو صدر التوكيل من رب الدين أو المدين (قوله ما لم يضمنه الوكيل) فاذا ضمن وادى رجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بلا أمره بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبى والامر بالخلع كالامر بالصلح حتى يرجع على الآمر ان ضمن وأدى عنه زيلعى (قوله اذا كان الصلح عن دم العمد) عن اقرار أو سكوت أو انكار او فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لانه اسقاط فكان الوكيل سفيرا فلا يلزمه شئ الا بالتزام وأما فيما يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه فيطالب هو بالعوض دون الموكل زيلعى ومنه يعلم ما سقط من كلام العينى حيث قال أو فيما لا يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار الى هذا أشار الشيخ شاهين ومحصله ان قول العينى بان كان عن مال بمال الخ تصوير لما سقط من قلمه وهو وأما فيما يحمل على المعاوضة (قوله أو عن بعض ما يدعيه من الدين) من مكيل وموزون در (قوله أما اذا كان

أى صالح العبد المأذون عن عبده (جاز) مطلقا سواء كان المأذون مديونا أولا (ولو صالح عن المغصوب التلف بما زاد على قيمته أو) صالح (على عرض) قيمته أكثر من قيمة المغصوب التلف (صح) عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس ويلزم رد الزيادة (ولو أعتق موسر عبدا مشتركا) بينه وبين آخر (فصالحه) أى المعتق الشريك على أكثر من نصف قيمته (لا يصح) الصلح فى حق الزيادة من نصف قيمته وان صالحه على عرض قيمته أكثر منه جاز وانما قيد بقوله موسر لانه اذا كان معسرا تجب سعاية النصف على العبد (ومن وكل رجلا بالصلح عنه) أى عن الموكل (فصالح) الوكيل (لم يلزم الوكيل ما صالح عليه) أى بدل الصلح (ما لم يضمنه) الوكيل (بل يلزم الموكل) ما صالح عليه هذا اذا كان الصلح عن دم العمد أو عن بعض ما يدعيه من الدين اما اذا كان وكله بالصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل (وان صالح) رجل (عنه) أى عن رجل (بلا أمر) من ذلك الرجل

وكله بالصلح عن مال بمال الخ) هذا اذا كان الصلح عن اقرار فلو كان عن انكار لا يجب البدل على الوكيل درر عن الكفاية (قوله صح ان ضمن الفضولى المال) لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى حقها الاجنبى والمدعى عليه سواء فيصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولى بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين عينى (قوله أو أضاف الى ماله) لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه عينى (قوله بأن قال صالحتك على ألفى هذا الخ) وصار متبرعا فى الكل الا اذا ضمن بأمره درر عن عزمى زاده ومافى الدرر من تخصيصه التبرع بالصورة الرابعة غير ظاهر بل هو عام فى الجميع يرشد اليه تعليله بقوله لانه فعله بلا اذن المدعى عليه كذا بخط شيخنا (قوله أو على عبدى هذا) قال الزيلعى ولو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت أو وجده زيوفا او ستوقة لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شئ آخر لم يلتزمه ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا فى صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور زيلعى ومنه تعلم مافى الدرر من الايهام حيث قصر الكلام على العبد فقال ولو استحق هذا العبد أو وجد به عيبا فرده أو وجده حرا أو مدبرا أو مكاتبا فلا سبيل له على المصالح الخ لانه يوهم الرجوع على المصالح فى غير العبد كما اذا وجد الالف زيوفا فتنبه (قوله تم الصلح بقبوله) لانه كالمضاف الى نفسه لانه تعين للتسليم اليه زيلعى (قوله وسلم الالف اليه) لانه بالتسليم تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه كذا بخط شيخنا (قوله وان لم يجز بطل الصلح) لان الاصيل فى العقد انما هو المدّعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولى يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقى عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته

(باب الصلح فى الدين)

وهو الذى يثبت فى الذمة عينى لما ذكر الصلح مطلقا فى عموم الدعاوى ذكر الصلح فى الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق حموى والاصل انه متى كان المصالح عليه أدون من حقه قدرا ووصفا او فى أحدهما فهو اسقاط للبعض وأخذ للباقى وان كان أزيد منه بأن دخل فيه مالم يستحق من وصف أو ما هو فى معناه كتعجيل مؤجل فمعاوضة (قوله الصلح عما استحق) قال الزيلعى هذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى انه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ كما وقع فى القدورى انتهى وما أجاب به فى الشرنبلالية من ان قوله أخذ لبعض حقه يقتضى ان الصلح انما وقع على جزء مما يستحقه غير دافع لما أورده الزيلعى اذ مبنى صحة جواب الشرنبلالى على عبارة دلالة الالتزام وهى مهجورة فى التعاريف بقى ان يقال قول الزيلعى والصواب ان يقال الصلح على ما استحق الخ على حذف مضاف والتقدير على بعض ما استحق (قوله هى البيع بالدين) فى الحصر المستفاد من تعريف الجملة نظر فان الاقراض كذلك حموى (قوله حملا لامر المسلم على الصلاح) كما فى قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها الحديث مع ان الحكم فيما تركه فسقا كذلك لهذا المعنى حموى (قوله على نصفه) أى الالف وذكر ضمير الالف لكونها ليست مؤنثة حقيقة حموى (قوله على ألف مؤجل) وكذا لو صالحه عن ألف حالة على خمسمائة مؤجلة جاز كانه ابرأه عن النصف وأخر النصف حموى (قوله جاز الصلح) فى الوجهين أما فى الاوّل فيجعل مستوفيا النصف حقه ومسقطا للنصف وأما فى الثانى فكانه أجل نفس الحق ولا يحمل على المعاوضة تحرزا عن الربا لان بيع النقد

عثله

(صح ان ضمن) الفضولى (المال أو اضاف الى ماله) أى مال نفسه بان قال صالحتك على ألفى هذا أو عبدى هذا ولو قال صالحتك على هذا الالف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه تم الصلح بقبوله (أو قال) صالحتك (على ألف وسلم) الالف اليه (والا) اى وان لم يضمن أو لم يضف الى ماله أو لم يسلم الالف الى المدّعى (توقف) الصلح وفى الذخيرة انه يتوقف عند البعض وعند البعض ينفذ على المصالح (فان اجازه المدعى عليه جاز) ولزمه الالف (والا) أى وان لم يجز (بطل الصلح)

(باب الصلح فى الدين)

(الصلح عما استحق) أى وجب وثبت (بعقد المداينة) هى البيع بالدين ثم ذكر عقد المداينة مع ان الحكم فى الغصب كذلك حملا لامر المسلم على الصلاح (أخذ لبعض حقه واسقاط للباقى لا معاوضة) لان مبادلة الاكثر بالاقل لا يجوز (فلو صالح عن ألف حال (على نصفه او على ألف مؤجل جاز) الصلح (و) لو صالح عن ألف درهم (على) ألف (دنانير مؤجلة) الى شهر (او) صالح (عن ألف مؤجل) او سود على نصف حال

بمثله نسيئة لا يجوز حموي ولو صالحه عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز لان من يستحق الجياد يستحق الزيوف بخلاف عكسه. وهو ما اذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل زيلعي (قوله أو بيض) بكسر الباء جمع بيضاء كعيس جمع عيساء عيني والعيس بالكسر الابل البيض يخالط بياضها شيء من الشقرة واحدها أعيس والانثى عيساء بينة العيس شيخنا عن الصحاح (قوله لا يجوز) في الصور الثلاث لان الدنانير والحال والبيض غير مستحق بعقد المداينة فتعينت المعاوضة ولزم الربا فضلا أو نسيئة لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله وكذا من له دين مؤجل لا يستحق الحال والتأجيل حق المديون وقد تركه بازاء حط شيء من الدين فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف لانه خير منه ولهذا نقص الثمن لاجله والحط بازائه ربا الا في المكاتب كما اذا صالح مولاه عن ألف مؤجل على نصف حال لان معنى الارفاق بينهما أظهر من المعاوضة فيكون ارفاقا من المولى بحط البعض ومساهلة من المكاتب ليسارع الى شرف الحرية وهو مندوب زيلعي وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض فيكون أخذها بطريق المعاوضة وشرطها عند اتحاد الجنس المساواة ولم توجد حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه في المجلس لوجود المساواة في القدر وهو المعتبر في الصرف دون المساواة في الصفة ولو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف في الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التي بقيت ولا يحمل على المعاوضة لان فيه فسادا عيني (قوله بريء) أي بالاتفاق لان الابراء يحتمل التقييد بالشرط وان لم يحتمل التعليق به وكلمة على جعلت شرطا تصحيحا لتصرفه وان كانت تستعمل للمعاوضة (قوله وعند أبي يوسف لا يعود) لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال حال فبطل التعليق فصار ابراء مطلقا ولهما انه علق الابراء بشرط ولم يوجد وهذه المسئلة على وجوه الاول ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الى غد وأنت بريء من الزيادة على أنك ان لم تدفعها الى غد فلا تبرأ من الباقي فيكون الامر كما قال والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا فحكمه انه يبرأ مطلقا وان لم يؤد الخمسمائة في الغد والرابع ان يقول اد الى خمسمائة على انك بريء من باقيه ولم يوقت للاداء وقتا فحكمه انه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة او اذا أديت او متى أديت فحكمه انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك عيني وكان المناسب لكلامه سابقا ولاحقا ان يبدل قوله ولهما أنه علق الابراء بشرط ولم يوجد بقوله ولهما انه قيد الابراء الخ كذا ذكره شيخنا (تتمة) وجه بطلان تعليق البراءة بالشرط ان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد والتمليكات لا تحتمل التعليق بالشرط والاسقاط يحتمل ذلك فلمعنى التمليك قلنا اذا صرح بالتعليق بالشرط لم يصح ولمعنى الاسقاط اذا لم يصرح بالشرط يتقيد عزمي زاده (قوله بمالك) بفتح اللام وكسرها حموي (قوله صح عليه) لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة او التحليف فينكل وهو نظير الصلح مع الانكار فكان مختارا في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة زيلعي (تتمة) ادعى ألفا فجحد فقال أقر لي بها على ان احط منها مائة جاز بخلاف على ان أعطيك مائة لانها رشوة ولو قال ان أقررت لي حططت لك منها مائة فأقر صح الاقرار لا الحط بحر ودرر عن المجتبى ووجهه أنه تعليق للابراء بالشرط صريحا

او بيض لا) يجوز فيه لف ونشر فالاول بالاول والثاني بالثاني (ومن له على آخر الف فقال) الدائن للمديون (اد غدا نصفه على انك بريء) أي (من الفضل ففعل بريء) أي في الحال من النصف الآخر (والا) أي وان لم تؤد اليه خمسمائة في الغد (لا) يبرأ من الفضل وعاد الالف عليه عندهما وعند ابي يوسف لا يعود (ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره) اي مطالبته (عني او تحط) بعض المال (ففعل صح عليه) أي لزمه وليس للدائن ان يطالب المديون في الحال وبما حط هذا اذا قاله سرا حتى لو قال علانية بحضور الشهود يؤخذ المقر بالمال في الحال

(فصـــل في الدين المشترك) أخره عن المفرد لان المثنى بعد الواحد حموى (قوله كما لو باعا عبدا مشتركا الخ) كذا اذا كان لكل منهما عين على حدة فباعاهما صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن كما في الزيلعي مع انه لا شركة بينهما في نفس المبيع واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حتى لو كان عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة درهم وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة عزمى زاده (تتمة) سئل العلامة أحمد بن يونس الشهير بالشلبي عن دار مشتركة بين ثلاثة أوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به فاذا قبض بعض النظار شيئا من الاجرة هل لباقي النظار ان يشاركه في المقبوض أم لا فأجاب بان لباقي النظار الشركة فيما قبضه أحدهم حيث صدرت الاجارة منهم صفقة واحدة قياسا على ثمن المبيع صفقة واحدة انتهى وتعقبه العلامة الحموي بان جوابه انما يصح اذا كان ما أجره كل من النظار معينا غير مشاع وأقول هذا انما يرد أن لو صدرت الاجارة في بعض الدار اما يلزم عليه حينئذ من اجارة المشاع لغير الشريك ولا شيوع هنا لصدور الاجارة في كل الدار فتدبر (قوله او كان الدين ميراثا بين الورثة) او كان موصى به لهما أو كان بدل قرضهما كذا بخط شيخنا (قوله دين بينهما الخ) قيد بالدين لانه لو كان عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وفي الدين اذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان شرنبلالية عن التبيين وأراد بالثوب خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه شاركه فيه او رجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين عيني (قوله باقرار او سكوت او انكار) لان المدعين متصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا وانا أخذ انه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما زيلعي (قوله ويطالب المديون بنصفه) اى بنصف الدين لبقاء حصته في ذمته عيني (قوله او يأخذ نصف الثوب من شريكه) لانه عوض عن دينه عيني (قوله فحينئذ لا يأخذ نصفه) لان حقه في الدين لا في الثوب عيني فكان الخيار للمصالح بكسر اللام كذا بخط شيخنا (قوله شريكه الآخر) لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله ان يشاركه فيه لكونه عين حقه من وجه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه وانما كان له ان يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر ولو سلم المقبوض واختار متابعة الغريم ثم مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها كذا في الزيلعي ومنه يعلم ما في العيني من الخلل (تتمة) شرك من باب تعب قال في المصباح شركته في الامر اشركه من باب تعب شركا وشركة وزان كلم وكلمة بفتح الاول وكسر الثاني اذا صرت له شريكا انتهى وقوله بفتح الاول الخ أى بفتح الشين من الماضي وكسرها من المصدر (قوله يبيع من المطلوب كفا من زبيب الخ) أو يهب الغريم قدر الدين وهو يبرئه عن دينه زيلعي (قوله ضمنه ربع الدين) يعني ان شاء لانه صار قابضا حقه بالمقاصة ولا ضرورة عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين لتضرر لا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء وصحة المصالحة وللشريك ان لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا ان له حق المشاركة ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه أحد الدينين قضاء لا وفاء الا اقتضاء والضمان انما يجب بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما

تجب

(فصـــل) في الدين المشترك وهو
ما حصل بسبب متحد كما لو باعا عبدا
مشتركا صفقة واحدة أو استهلكه
اثنان او كان الدين ميراثا بين الورثة
(اذا صالح احدهما)
ان كان (دين بينهما) (عن
نصيبه) باقرار او سكوت او انكار
(على ثوب لشريكه) الآخر ان
(يتبعه) ويطالب المديون بنصفه
او يأخذ نصف الثوب من شريكه
(الا ان يضمن ربع الدين)
(ولو قبض) ... لا يأخذ نصفه
الشريكين (نصيبه شركه) الشريك
الآخر (فيه) ورجعا بالباقي على الغريم
فلو اراد أحدهما ان يأخذ حصته فيما قبض
ولا يكون لشريكه حصة في المطلوب كما
قال في النوازل يبيع من المطلوب من الدين
من زبيب بقدر حصته من الدين
ويسلم الزبيب اليه ثم يبرئ الغريم
عن حصة دينه ويطالبه بثمن الزبيب
ويأخذه فلا حق لشريكه في ذلك
(ولو اشترى) أحدهما (بنصيبه
شيئا ضمنه ربع الدين)

تجب بالاقتضاء ولوابرأه احدهما عن نصيبه لا يضمن ولوغصب أحدهما من المدين عينا اواشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهوقبض والاستئجار بنصيبه قبض لا التزوج به لعدم امكان المشاركة فيه كالجناية على نفس المدين وكالابراء بخلاف التزوج على دراهم مطلقة فانه قبض بالاجماع لوقوع التقاص زيلعى (قوله وبطل صلح أحد ربى السلم) فيه ان تعبيره بالبطلان مخالف لما فى الدرر والتنوير من قوله صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على مادفع فان أجازه الآخر نفذ عليهما وان رده رد وسيأتى فى كلام الشارح أيضا التصريح بالتوقف حيث قال فالحاصل انه يتوقف هذا الصلح الخ قلت أراد بالباطل ماقابل النافذ فيصدق بالموقوف حينئذ بقى ان يقال معنى الصلح على مادفع هوان يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة وسماه صلحا مجازا اذهوفسخ فى الحقيقة عزمى زاده وشرط ان يكون الصلح على رأس المال لانه لوكان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه زيلعى (قوله لم يجز عندهما) الا اذا كاناشريكين مفاوضة فانه يجوز مطلقا درعن البحر (قوله وعند أبى يوسف يجوز) لانه دين مشترك فاذا صالح أحدهما على حصته جاز كما فى سائر الديون عينى ولهما انه لوجاز فاما ان يجوز فى نصيبه خاصة اوفى النصف من النصيبين فعلى الاول يلزم قسمة الدين قبل القبض لان خصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وان كان الثانى فلابد من اجازة الآخر لانه فسخ على شريكه عقده فيفتقر الى رضاه درر واعلم ان الخلاف ثابت بينهم على الصحيح سواء خلطا رأس المال اولا وقيل ان لم يخلطا رأس المال جاز عندهما أيضا شرنبلالية عن التبيين (قوله عن تركة عرض الخ) يجوزان يقرأ باضافة عرض الى ماقبله وبقطعها على ان يكون قوله عرض اوعقار بدلا من التركة والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار ويقال أيضا فى البيت عقار حسن أى متاع وأداة والعرض المتاع وكل شئ فهوعرض سوى الدراهم والدنانير فانها عين قال أبوعبيدة العروض الامتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانا ولا عقارا تقول اشتريت المتاع بعرض أى بمتاع مثله شيخنا عن الصحاح (قوله صح الصلح) لعدم الربا لاختلاف الجنس ويقسم الباقى بينهم على سهامهم الخارجة قبل التخارج الا ان يجعل هذا بالتخارج كان لم يكن بيانه امرأة وبنت وأخ شقيق اصلها ثمانية واحد للمرأة وأربعة للبنت والباقى للاخ فاذا أخرجت المرأة قسم الباقى على سبعة ولوجعلت كان لم تكن قسم نصفين حموى عن الشيخ عماد الدين واعلم انه اذا أخرجوا واحدا فحصته تقسم بين البقية على السواء ان كان ماأعطوه من مالهم غيرالميراث وان كان مماورثوه فعلى قدر ميراثهم وقيده الخصاف بان يكون عن انكار اما اذا كان عن اقرار فهو بينهم على السواء مطلقا ولا يشترط ان تكون اعيان التركة معلومة كما فى البحر لعدم الحاجة الى التسليم كمن أقر بغصب شئ فباعه له المقرحتى لوكانت فى يد المصالح اوبعضها لم يجز مالم يعلم جميع مافى يده للحاجة الى التسليم (قوله صح قل اوكثر) لانه معاوضة لا ابراء اذ الابراء عن الاعيان باطل كذا قيل وأقول ماقيل من ان الابراء عن الاعيان باطل قيده فى البحر بما اذا كان على وجه الانشاء فان كان على وجه الاخبار كقوله هو برئ من مالى قبله فهوصحيح متناول للدين والعين فلا تسمع الدعوى وكذا اذا قال لا املاك لى فى هذه العين ذكره فى المبسوط والمحيط فعلم ان قوله لا أستحق قبله حقا مطلقا ولا استحقاقا ولا دعوى يمنع الدعوى بحق من الحقوق قبل الاقرار عينا كان اودينا قال فى المبسوط ويدخل فى قوله لا حق لى قبل فلان كل عين أودين وكل كفالة أوجناية اواجارة اوحد فان ادعى الطالب بعد ذلك حقا لم تقبل بينته عليه حتى يشهدوا انه كان بعد البراءة الخ واعلم ان قوله لا حق لى قبله ونحوه ليس من قبيل الابراء العام خلافا لما توهمه فى البحر وجرى عليه فى الدر المختار ولهذا رأيت بخط شيخنا عند قول التنوير وشرحه من مسائل شتى قبيل كتاب الصلح صالح احد الورثة وابرأه ابراء عاما وقال لم يبق لى حق من تركة أبى عند الوصى ثم ظهر فى يد وصيه من التركة شئ لم يكن وقت الصلح وتحققه تسمع دعوى حصته منه على الاصح ولا تناقض لحمل قوله لم يبق لى حق أى مما قبضته على ان الابراء

(وبطل صلح احد ربى السلم من
نصيبه على مادفع) أى رجلان
اسلما الى رجل فى طعام ثم صالح
احدهما من نصيبه على رأس المال
لم يجز عندهما وعند أبى يوسف
يجوز فالحاصل انه يتوقف هذا الصلح
عندهما على اجازة صاحبه فان رده
بطل اصلا ويكون الطعام المسلم فيه
بينهما وان اجاز نفذ عليهما فكانهما
صالحا فيكون نصف رأس المال
بينهما ونصف الطعام المسلم فيه أيضا
بينهما وعنده الصلح جائز على من باشره
وله نصف رأس المال وشريكه ان شاء
شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب
بنصف الطعام المسلم فيه وان شاء سلم
له ما قبض ويتبع المسلم اليه بنصف
المسلم فيه الا اذا توى ما على المسلم اليه
فيرجع على الشريك المصالح ثم
المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف
ما قبض وان شاء دفع اليه ربع المسلم
فيه (وان أخرجت الورثة احدهم
عن) تركة (عرض او عقار بمال
أو عن ذهب بفضة أو بالعكس صح
الصلح (قل) المصالح عليه (أو كثر)

عن الاعيان باطل وحينئذ فالوجه عدم صحة البراءة الخ مانصه ليس هذا من قبيل البراءة العامة وانما هو اشتباه حصل لصاحب الاشباه وتبعه فيه فى شرح التنوير لان قوله لم يبق لى حق الخ اقرار مجرد انتهى واعلم ان الجواب عماذكره فى الاشباه وتبعه فى التنوير من ان الوارث تسمع دعواه بعد الابراء العام من اوجه أحدها ماذكره الشيخ حسن فى الرسالة وجرى عليه الحموى فى حاشية الاشباه من انه اشتبه عليه الاقرار المجرد فظنه من قبيل البراءة العامة وساق مسائل أخرظنها مستثناة من البراءة العامة ثانيها انه على فرض تسليم الاستثناء انما سمعت دعوى الوارث بعد الابراء العام لجهله بمعرفة مالوالده على التفصيل والتحرير بخلاف ما اذا كان مثل هذا الاشهاد مجردا عن سابقة الجهل المذكور فاستحسنوا سماع دعواه هنا كما فى حاشية الاشباه أيضا عن الطرسوسى ثالثها انما سمعت دعوى الوارث بعد الابراء العام لعدم صحة البراءة لان الابراء عن الاعيان باطل كما فى الدر عن ابن الشحنة بقى ان يقال مقتضى الجواب الاول ان الدعوى بعد الاقرار المجرد تسمع بخلاف الابراء العام وهو مخالف لما فى الرسالة عن الفواكه البدرية لابن الفرس حيث سوى بينهما فى عدم سماع الدعوى ونصه ابرأه مطلقا أو اقرانه لا يستحق عليه شيئا ثم ظهر بعد ذلك ان المقر له كان مشغول الذمة بشئ من متروك أبى المقر ولم يعلم المقر بذلك ولا بموت ابيه الا بعد الاقرار والابراء لا يكون له المطالبة بذلك و يعمل الاقرار والابراء عمله ولا يعذر المقر انتهى (قوله فلا يعتبر التساوى) وفيه الاثر وهو ان تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة وروى ان ذلك كان نصف حقها زيلعى وتماضر بنت اصبغ بن عمرو الكلبى التى طلقها عبد الرحمن فى مرض موته ثلاثا ثم مات وهى فى العدة فورثها عثمان وكانت مع ثلاث نسوة أخر فصالحوها عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفا فى رواية هى دراهم وفى رواية هى دنانير شيخنا عن كمال باشا وتماضر بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة قدم بها المدينة فولدت اباسلمة فى سريته الى دومة الجندل فى شعبان سنة ست شيخنا عن المواهب قال والضمير فى سريته لعبد الرحمن بن عوف ودومة بضم الدال وفتحها مدينة بينها و بين دمشق نحو عشر مراحل و بعدها من المدينة نحو ثلاث عشرة مرحلة سميت بدومى بن اسماعيل لانه كان نزلها عليه السلام واصبغ هذا من المخضرمين ادرك الجاهلية والاسلام ولم يجتمع به عليه السلام اسلم على يد سيدنا عبد الرحمن بن عوف وقوله روى ان ذلك كان نصف حقها فعلى كون بدل الصلح ثمانين ألفا وانها نصف حقها يكون جميع ماله المتروك رضى الله عنه خمسة آلاف ألف ألف ومائة وعشرين ألفا ويكون ثمنه ستمائة ألف واربعين الفا وربع الثمن مائة ألف وستون الفا ونصف ربع الثمن ثمانون الفا (قوله و يعتبر القبض فى المجلس) لانه صرف غيران الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا غير مانع لابد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن زيلعى وقوله وهذا يشير الى أن العلم به أى بكل التركة فيقابل ماذكره قبله من قوله ولا يشترط أن تكون اعيان التركة معلومة لعدم الحاجة فيه الى التسليم الى هذا أشار شيخنا وذكر الزيلعى ان عدم اشتراط العلم باعيان التركة هو الصحيح (قوله مالم يكن المعطى اكثر) بفتح الطاء على صيغة اسم المفعول والمراد بدل الصلح عزمى زاده (قوله والزيادة بحقه فى بقية التركة) لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بماذكرنا زيلعى وانما تعذر الحمل على الابراء لان الاسقاط انما يستعمل فى الديون لا فى الاعيان شيخنا عن النهاية (قوله أو لا يعلم قدر نصيبه الخ) الصحيح ان الشك ان كان فى وجود ذلك فى التركة جاز الصلح وان علم وجود ذلك فى التركة لكن لا يعلم ان بدل الصلح أقل من حصته او اكثر أو مثله فسد بحر عن فتاوى قاضيخان (قوله فسد الصلح) وجه الفساد فيما اذا أعطوه قدر حقه أو اقل كون العوض أو العروض و بعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض

فيكون

ولا يعتبر التساوى فى القدر ويعتبر القبض فى المجلس (وعن نقدين) أى باعطاء وغيرهما باحد النقدين (لا) أى لا يجوز مطلقا (مالم يكن المعطى اكثر من حظه منه) أى من جنس المعطى ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه فى بقية التركة ولو كان ما اعطوه أقل او مساويا لنصيبه او لا يعلم قدر نصيبه من الدراهم فسد الصلح

فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير كونه مساويا له أو اقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار زيلعى بخلاف الصحة فانها من جانب واحد وهو ما اذا كان المأخوذ اكثر من نصيبه فكانت العبرة لجانب الفساد لكونه من وجهين (قوله ولابد من التقابض الخ) لكونه صرفا زيلعى (قوله قال الحاكم) أى الشهيد زيلعى (قوله وأما فى حال المناكرة فالصلح جائز) بان انكر واو راثته ووجه الجواز ان فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى زيلعى وقوله لا يكون بدلا يعنى وانما هو لقطع المنازعة وافتداء يمينه به والمراد نفى البدلية المتمحضة فقوله لا يكون بدلا أى محضا فلا ينافى كونه بدلا فى زعم الآخذ باعتبار زعمه شيخنا (قوله وقيل انه باطل فى الوجهين) القائل شيخ الاسلام ووجهه أنه يكون معاوضة فى حق المدّعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا حموى عن الغاية واعلم أن تقييد المصنف بقوله باحد النقدين للاحتراز عما لو كان بدل الصلح نقدين أو عرضا حيث يجوز الصلح فى الصور كلها قليلا كان بدل الصلح أو كثيرا اما فى العرض فلعدم الربا وأما فى النقدين فلانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس ولكن يشترط القبض فى المجلس لكونه صرفا بخلاف العرض حيث يجوز الصلح عليه وان لم يقبض زيلعى (قوله بطل الصلح مطلقا) لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة ولا فرق عند الامام بين أن يبين حصة الدين أو لم يبين زيلعى قال وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية انتهى ومنه يعلم ان ما ذكره الشارح من قوله فى الدين والعين ليس تفسيرا لقوله مطلقا كما يتوهم بل تفسيره ما سبق من قول الزيلعى سواء بين حصة الدين أو لم يبين وانما بطل تمليك الدين من غير من عليه الدين ولو بعوض كما فى الدرر لكونه وصفا لا يرد عليه قبض وأما ممن عليه الدين فوجه الصحة انه اما اسقاط او استيفاء بطريق المقاصة (قوله والعين) العين تعم العرض والعقار والنقود الحاضرة شيخنا عن عزمى زاده (قوله وعندهما يبقى العقد صحيحا الخ) ليس على اطلاقه لما سبق عن الزيلعى من أنه ينبغى ان يجوز عندهما فى غير الدين اذا بينت حصته (قوله وقيل هو قول الكل) فيه اشكال لان قياس مذهبهما فى الجمع بين الحر والعبد والشاة الذكية والميتة حيث جوز العقد فى العبد والذكية اذا بين ثمن كل منهما أن يجوز الصلح عندهما أيضا فى غير الدين اذا بينت حصته اللهم الا أن يحمل هذا على ما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما أو يفرق عندهما بين البيع والصلح والظاهر أنه لم يرد نص فى الصلح عنهما ولهذا ذكره الزيلعى بلفظ ينبغى قياسا على البيع وكذا قول الشارح قيل هذا قول أبى حنيفة وقيل هو قول الكل ظاهر فى عدم ورود نص عنهما فلهذا اختلف المشايخ فيه (قوله صح الصلح) لانه اسقاط او تمليك للدين ممن هو عليه وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين قال فى الهداية وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وليس عليهم فى هذه الصورة ضرر لانه وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الاضرر التقديم فان العين خير من الدين وأوجه منه أن يبيعوه كذا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شئ ليقتضوه له ثم يأخذوه لانفسهم وأقول فى قوله وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة نظر اذ الوجه الاول لا ضرر فيه عليهم انما الضرر على المصالح الذى أخرجوه على شرط ان يبرأ الغرماء من نصيبه فى الدين فالوجه حذف بقية والاقتصار على قوله وفى الوجهين ضرر بالورثة كما هو الواقع فى خط الحموى فيصدق حينئذ بما اذا كان الضرر على المصالح بالنسبة للوجه الاول أو على بقية الورثة بالنسبة للوجه الثانى (تتمة) اختلفوا فى صحة صلح عن

ولابد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة قال الحاكم انما يبطل الصلح على مثل نصيبه أو اقل من مال الربا فى حال التصادق واما فى حال المناكرة فالصلح جائز وقيل انه باطل فى الوجهين (ولو فى التركة دين على الناس فاخرجوه) أى ان كان فى التركة دين على الناس فصالحوه على ان يخرجوا المصالح عن الدين (ويكون الدين لهم بطل) الصلح مطلقا اى فى الدين والعين وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل (وان شرطوا) أى الورثة فى هذه المسئلة (ان يبرأ الغرماء منه) أى من نصيب المصالح من الدين (صح) الصلح (ولو على الميت دين محيط) أى مستغرق جميع التركة بان لا يبقى شئ بعد ادائه

تركة مجهولة اعيانها ولا دين فيها على مكيل أو موزون والصحيح الصحة لعدم اعتبار شبهة الشبهة وقال ابن الكمال ان في التركة جنس بدل الصلح لم يجز والاجاز وان لم يدر فعلى الاختلاف تنوير وشرحه (قوله بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة عيني الا أن يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع في التركة أو يضمن أجنبي بشرط براءة الميت أو يؤدوا دينه من مال آخر بحر (قوله لا ينبغي الخ) يعني الاولى ان لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين بحر (قوله ولو فعلوا قالوا يجوز الصلح) ويرفعون منها قدر الدين حتى لا يحتاجوا الى نقض القسمة بحر (قوله لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا) موافق لما في العيني ويخالفه ما في الزيلعي ونصه وان لم يكن مستغرقا جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن قليل دين فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدى الى الحرج أو الى أن لا يملكوا أصلا الخ وما في الدر المختار موافق لما في الزيلعي (تتمة) الموصى له بمبلغ من التركة كوارث فيما قدمناه من مسئلة التخارج صالحوا أحدهم ثم ظهر للميت دين أو عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلا في الصلح قولان أشهرهما لا وفي البزازية انه الاصح ولا يبطل الصلح كل صلح بعد صلح فالثاني باطل تنوير وشرحه (خاتمة) ادعى مالا أو غيره فاشترى رجل ذلك من المدعي يجوز الشراء ويقوم مقام المدعي في الدعوى فان جحد المطلوب ولا بينة فله أن يرجع والصلح عن دعوى فاسدة يصح لا باطلة والفاسدة ما يمكن تصحيحها والصلح عن دعوى حق شرب أو شفعة أو وضع جذع ونحوه يجوز على الاصح والاصل أنه متى توجهت يمين نحو شخص في أي حق كان فافتدى اليمين بدراهم جاز بحر عن المجتبى قال ولو قال المدعى عليه ان حلفت انها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم ان كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع أن يسترد الخ وفيه عن مجموع النوازل وقع بين امرأة وزوجها مشاجرة فتوسط المتوسطون بينهما للصلح فقالت لا أصالحه حتى يعطيني خمسين درهما يحل لها ذلك لان لها عليه حقا من المهر وغيره انتهى قال الحموي نقلا عن المقدسي قلت هذه دعوى لا دليل عليها فقد يكون لا شئ لها وتطلب ذلك اهـ وأقول ما ذكره في مجموع النوازل من أنه يحل لها الاخذ مفروض فيما اذا وافقها الزوج بان اعطاها ما طلبت بطريق الصلح وحينئذ لا يتوقف حل الاخذ على ان يكون لها عليه شئ اذ ليس هذا بادنى مما سبق التصريح به من ان الصلح يجوز ولو عن انكار وقدمنا عن الزيلعي التصريح بانه يحل للمدعي اخذه لانه في زعمه عين حقه او بدله وان كان المدعى عليه يزعم انه لا شئ عليه ومع هذا حل له الدفع ايضا دفعا للشر عن نفسه وحينئذ فقوله لان لها عليه حقا من المهر وغيره انما ذكره تحسينا للظن بها لا لانه شرط لجواز الصلح

(كتاب المضاربة)

(قوله هي كالمصالحة الخ) فيه تأمل لان الصلح اذا كان عن مال باقرار يكون بيعا والبيع يقتضي وجود المبادلة من الجانبين حموي واجاب شيخنا بانه يكفي في بيان وجه المناسبة اشتراك المضاربة والصلح في الوجود الصوري وباعتباره يكون قاصرا على المصالح عليه ولا شك ان وجوده من جانب واحد كرأس مال المضاربة واما اعتبار الصلح عن مال باقرار بيعا فبالنظر الى المعنى كما لا يخفى اهـ (قوله من ضرب في الارض الخ) وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله زيلعي (قوله وعمل من جانب) بجر عمل عطفا على المجرور من قوله بمال (قوله والمراد الشركة في الربح) فلو شرط الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما سيأتي وقيل هي عقد على الشركة في الربح بمال من أحدهما وعمل من الآخر وهو معنى ما ذكره الشيخ

(بطل الصلح والقسمة) وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يعطوا دينه ولو فعلوا قالوا يجوز الصلح والقسمة وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا والله أعلم

(كتاب المضاربة) هي كالمصالحة من حيث انها تقتضي وجود البدل من جانب واحد ثم هي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها وفي الشرع (هي شركة بمال من جانب) رب المال (وعمل من جانب) المضارب والمراد الشركة في الربح

عينى (قوله والمضارب أمين) هذا بيان حكمها لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة عينى احترز بقوله لا على وجه البدل عن المقبوض على سوم الشراء و بقوله والوثيقة عن المقبوض بحكم الرهن كما فى الدرر وركنها الايجاب والقبول وسيأتى الكلام على الشروط (قوله قبل التصرف) قيد به لانه بعد التصرف يكون وكيلا كما سيذكره المصنف (قوله وبالتصرف فيه وكيل) لانه يتصرف فيه لمه بامره حتى يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال درر (قوله فهو شريك له فى الربح) لانه حصل بالمال والعمل (قوله حتى يستوجب اجر المثل) كالاجارة الفاسدة مطلقا سواء ربح اولا بلا زيادة على المشروط كالاجارة الفاسدة ولا ضمان فيها كالصحيحة لانه أمين فلا يكون ضمينا درر وقوله بلا زيادة على المشروط هو مذهب أبى يوسف وعند محمد والثلاثة تجب اجر المثل بالغا ما بلغ واستثنى فى الاشباه من لزوم اجر المثل فى المضاربة الفاسدة ما اذا أخذ الوصى مال اليتيم مضاربة فاسدة كشرطه لنفسه عشرة دراهم فلا شئ له فى مال اليتيم اذا عمل وجرى عليه فى التنوير وظاهره ان للوصى ان يضارب فى مال اليتيم بجزء من الربح وكلام الزيلعى فيه اظهر وأفاد الزيلعى أيضا ان للوصى دفع المال الى من يعمل فيه مضاربة بطريق النيابة عن اليتيم كأبيه (قوله فهو غاصب ضامن) والربح للمضارب لكنه غير طيب شيخنا عن القهستانى (قوله وان اجاز بعد ذلك) واصل بما قبله لبطلانها بالخلاف والباطل لا تلحقه الاجازة (قوله فالحيلة الخ) فيه تأمل حموى قال شيخنا وجهه ان العمل فى هذه الصورة من جانب المستقرض وهو رب المال وليس فى هذه الصورة مضارب يكون ماله مضمونا عليه بحكمها لسبق ضمان ماله بجهة القرض على عقدها انتهى (قوله ان يقرض المال الخ) ومن حيل الضمان ان يقرضه المال الا درهما ثم يعقد شركة عنان بالدرهم وبما أقرضه على ان يعملا والربح بينهما ثم يعمل المستقرض فقط فان هلك فالقرض عليه در (قوله ويشهد عليه) فلو لم يشهد وهلك المال يهلك على رب المال ويكون القول للمضارب بيمينه على عدم القرض (قوله وباشتراط كل الربح له مستقرض) لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمر للشجر فاذا شرط ان يكون جميع الربح له فقد ملك جميع رأس المال فلا يكون هذا الا بطريق القرض عينى (قوله مستبضع) أى طالب بضاعة لانه لم يطلب لعمله بدلا فكان متبرعا فهذا معنى البضاعة فكأنه نص عليها عينى (قوله وانما تصح المضاربة بما تصح به الشركة) لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدى اليه لانها امانة فى يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد فاذا باعها شركه فى الربح فحصل ربح ما لم يضمن اذ المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شئ فى ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء بها يجب الثمن فى ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض زيلعى ومن الشروط كونه عينا لا دينا لان المضارب أمين ابتداء ولا يتصور كونه امينا فيما عليه من الدين فلو قال اعمل بالدين الذى فى ذمتك مضاربة بالنصف لم يجز درر ويكون الربح للعامل ولا شئ لرب الدين فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الربح لرب الدين ويبرأ المضارب عن الدين عزمى زاده عن الخانية ووجه الجواز فيما اذا كان الدين على غير المضارب انه أضاف المضاربة الى زمان القبض والدين فيه يصير عينا درر بخلاف ما عليه من الدين اذ لا يصلح رأس المال لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عند المضارب حموى ومن الشروط كون رأس المال معلوما تسمية أو اشارة ويكون القول فى قدره وصفته للمضارب مع يمينه والبينة للمالك ومن الشروط كون نصيب المضارب من الربح معلوما عند العقد درر فلو شرط له من رأس المال او منه ومن الربح فسدت در وانما لم أذكر فى الشروط كون رأس المال مسلما الى المضارب وكون الربح بينهما شائعا لانه مستغنى عنه لتصريح المصنف به (قوله من الدراهم والدنانير) وأما التبر فان كان فى موضع يروج كالاثمان يجوز والا فلا بحر (قوله وعند محمد بهما وبالفلوس الرائجة) فيه مخالفة لما فى القهستانى عن الكبرى ونصه فى المضاربة بالتبر روايتان وعن الشيخين انها تصح بالفلس

(والمضارب أمين) بعد القبض قبل التصرف (وبالتصرف) فيه (وكيل وبالربح) أى اذا ربح فهو (شريك) له فى الربح (وبالفساد اجير) حتى يستوجب اجر المثل (وبالخلاف) أى اذا خالف المضارب رب المال فيما فوضه اليه (فهو غاصب) ضامن وان أجاز بعد ذلك حتى ان اشترى ما نهى عنه ثم باعه وتصرف ثم أجاز رب المال فانه لا أثر لاجازته خلافا لمالك ولو أراد رب المال ان يجعله مضمونا على المضارب فالحيلة أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه شهودا ثم يأخذ منه مضاربة بالثلث ثم يدفع الى المستقرض يستعين به فى العمل حتى لو هلك فى يده هلك كالقرض عليه واذا ربح ولم يهلك فالربح بينهما على ما شرطا كذا فى الاصل (وباشتراط كل الربح له) أى للمضارب (مستقرض وباشتراطه) أى كل الربح (لرب المال مستبضع وانما تصح) المضاربة (بما تصح به الشركة) من الدراهم والدنانير عندهما وعند محمد بهما وبالفلوس الرائجة ولو دفع اليه عرضا وقال له بعه

وعند محمد لا تصح وعليه الفتوى اه (قوله واعمل مضاربة في ثمنه الخ) بخلاف ما اذا دفع اليه العرض على ان تكون قيمته رأس المال حيث لا يصح لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لاحتمال ازدياد القيمة كما سبق ولو قال اشتر لي عبدا نسيئة ثم بعه وضارب بثمنه ففعل جاز كقوله لغاصب أو مستودع او مستبضع اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف در عن المجتبى (قوله فباع بدراهم أو بدنانير فتصرف صح) وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العرض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد لان المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع زيلعي (قوله تفسد) لان اشتراط ذلك مما يقطع الشركة بينهما لانه ربما لا يربح الا هذا القدر عيني (قوله فله اجر مثله) لانه لم يرض بالعمل مجانا ولا سبيل الى المشروط للفساد والربح لرب المال لانه نماء ملكه حموي (قوله لا يجاوز عن المشروط) لرضاه به هذا ظاهر اذا كان المسمى معلوما وهو هنا مجهول او لم يوجد ربح لا يقال رضي بالعشرة الزائدة لانه لم يرض بها الا مع نصف الربح وهو معدوم فالمسمى غير معلوم فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ وقد يجاب بان هذا العقد لما كان فاسدا كان ما سمي فيه محظورا فقطع النظر عما هو موجب المضاربة وعول على ما عين معه على انه اجر مثل في اجارة لا موجب مضاربة ولهذا قالوا هذه اجارة في صورة مضاربة حموي عن المقدسي قلت ما بحثه المقدسي صرح به القهستاني معزيا للفصولين ونصه بعد ان حكى الخلاف عن الصاحبين في ان اجر المثل هل يجب بالغا ما بلغ اولا يجاوز به المشروط قال والخلاف فيما اذا ربح واما اذا لم يربح فأجر المثل بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقديره الخ وحينئذ لا حاجة الى تكلف الجواب ولا ينافي كلام القهستاني ما سيأتي في الشارح من قوله وعن أبي يوسف ان لم يربح فلا أجر له لانه ذكره بلفظ عن فلا ينافي كون المذهب عنده استحقاق الاجر بالغا ما بلغ بقي ان يقال ظاهر كلام المقدسي ان المسمى للمضارب من الربح اذا كان جزأ شائعا كالنصف يقال انه معلوم وهو مخالف لما في الشمني حيث قال فان كان المسمى معلوما لا يزاد عليه وان كان مجهولا كدابة أو ثوب يجب بالغا ما بلغ وان كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه مجهول اذ يكثر بكثرة ما يحصل وينقص بقلته وعندهما لا يزاد على المسمى لانه معلوم من جملة ما يحصل بعمله اه (قوله لا يجاوز الاجر عن القدر المشروط) وهو المختار شيخنا عن القهستاني (قوله وان لم يربح في رواية الاصل) لان اجرة الاجير تجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد زيلعي (قوله وعن أبي يوسف انه اذا لم يربح فلا اجر له) وهو الصحيح لئلا تربو الفاسدة على الصحيحة شيخنا عن ابن العز على الهداية ولا ضمان في المضاربة الفاسدة كالصحيحة لانه أمين فلا يكون ضمينا درر وقال الطحاوي انه لا يضمن عنده خلافا لهما قال القهستاني والاصح انه لا يضمن عند الكل كما في العمادي ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب والاصل ان القول لمدعي الصحة في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانه ينكر زيادة يدعيها المضارب خانية وما في الاشباه فيه اشتباه تنوير وشرحه (قوله وكل شرط يوجب الجهالة في الربح) او قطع الشركة يفسده وما لا فلا زيلعي وغيره قال الا كمل شرط العمل على رب المال يفسدها وليس بواحد منهما فلم يطردوا الجواب ان الفساد يراد به ما يشمل عدم وجود المضاربة اذ شرط العمل على رب المال يخرج العقد عن المضاربة اذ حقيقة المضاربة ان يكون العمل فيها من طرف المضارب فكان هذا من قبيل سلب الشئ عن المعدوم لا يجوز ان تقول زيد المعدوم ليس ببصير حموي عن المقدسي (قوله أي عقد المضاربة) اشار به الى الجواب عما عساه يقال كان الظاهر تأنيث الضمير لتأنيث المرجع (قوله نحو ان يشترط على المضارب الخ) يحترز به عما قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على ان الربح بينهما نصفين وعلى ان يدفع اليه رب المال ارضه يزرعها سنة أو على ان

يسكنه

واعمل مضاربة في ثمنه فباع بدراهم أو بدنانير فتصرف صح (و) يكون الربح بينهما مشاعا فان شرط لاحدهما زيادة عشرة) من الربح (تفسد المضاربة (فله) على ما شرطا اجر مثله و) لكن (لا يجاوز) الاجر عن القدر (المشروط) عند أبي يوسف وعند محمد يجاوز ويبلغ بالغا ما بلغ ويجب الاجر في المضاربة الفاسدة وان لم يربح في رواية الاصل وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يربح فلا أجر له (وكل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسده) أي عقد المضاربة وذلك نحو ان يشترط على المضارب ان يسكن رب المال داره او أرضه سنة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح

يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه الحق بها شرطا لا تقتضيه ولم يفسدها لانه لا يوجب جهالة نصيبه من الربح ولا قطع الشركة فيه وهذا هو معنى ما سيأتى من قوله والا لا أى وان لم يوجب الشرط الخ شيخنا (قوله وكذلك لوردد فى الربح الخ) كما لو قال لك نصف الربح او ثلثه أو ربعه يعنى ذكر مجموع الثلاثة بطريق الترديد لاقتضاء الترديد جهالة الربح درر وعزمى زاده (قوله كشرط الوضيعة) أى الخسران لانها جزء هالك من المال فلا يجوز ان يلزم غير رب المال وانما لا يفسدها لكونه شرطا زائدا لا يوجب الجهالة ولا قطع الشركة (قوله ويدفع المال الخ) عطف على ويكون الربح بينهما أى من شرط صحة المضاربة ان يدفع المال الى المضارب ليتمكن من الاسترباح ولانها فى معنى الاجارة والمال محل فيجب تسليمه ليعمل بخلاف الشركة لانعقادها على العمل منهما وسواء عقدها المالك أو غيره كولى صغير وكذا لو دفع أحد الشريكين بشرط عمل الآخر ولو بشرط عمل عاقد غير مالك فان لم يكن أهلا للمضاربة فيه تفسد كمأذون دفع بشرط عمل نفسه أو مولاه ولا دين عليه ولو مديونا صح عند أبى حنيفة ولو دفع مكاتب بشرط عمل مولاه صح مطلقا حموى وقوله وكذا لو دفع أحد الشريكين الخ أى دفع المال مضاربة بشرط ان يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فتمنع يده من تسليمه الى المضارب كما فى الزيلعى واعلم ان عدم الجواز مقيد بما اذا كان المال من شركتهما كما يشير اليه تعليل الزيلعى بقوله لان للشريك فيه ملكا والا فهى جائزة كما فى البحر (قوله ويبيع بنقد ونسيئة) اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار زيلعى واحترز بالمعتاد عما لم يعهد كالبيع الى عشرين سنة كما فى الدرر وفى الدر انه يملك البيع ولو فاسدا ولم يرد به جواز مباشرة البيع الفاسد بل أشار به الى انه بالبيع فاسدا لا يكون مخالفا فلا يكون غاصبا فلا يخرج من ان يكون المال فى يده امانة (قوله ويسافر) برا وبحرا فى الروايات الظاهرة عن الامام كما فى الخانية وفى الظهيرية له السفر بمال المضاربة مطلقا على الاصح الا ان ينهاه نصا حموى (قوله وعن أبى يوسف الخ) خلاف الظاهر وكذا ما سيأتى من التفصيل خلاف الظاهر أيضا قال فى البحر ويسافر برا وبحرا ولو دفع اليه فى بلده على الظاهر انتهى والكلام فى المضاربة المطلقة التى لم تقيد بمكان أو زمان أو نوع (قوله ويبضع) أى يدفع المال بضاعة ولو لرب المال ولا تبطل به المضاربة درر وقول العينى ويكون الربح للعامل صوابه ولا يكون أو يحمل العامل على المضارب الذى وجد منه الابضاع وان لم يعمل بالفعل كذا ذكره الشيخ شاهين وليس المراد بالربح الذى يكون للمضارب فى كلام الشيخ شاهين دون رب المال اذا دفع اليه المال بضاعة أصل الربح بل ما يخصه منه فتنبه (قوله ويودع) المال وكذا له ان يرهن ويرتهن ويستأجر ويحتال بالثمن مطلقا على الايسر والاعسر لان كل ذلك من صنيع التجار درر (قوله وعن أبى يوسف الخ) لانه من باب الاكتساب اذ يستفيد به المهر وسقوط النفقة من مال المضاربة ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فلا يملكه وان كان اكتسابا كالكتابة والاعتاق على ضعف القيمة درر (قوله يزوج الامة) وكذا المأذون عبدا كان أو صبيا على هذا الاختلاف وكذا الشريك شركة عنان وأما الاب والوصى فيملكان تزويج أمة الصغير بالاتفاق وكذا أحد المفاوضين له ذلك اتفاقا كذا فى الهداية من كتاب المكاتب وما فى الهداية من كتاب المأذون من ان الاب والوصى على هذا الخلاف رده الاتقانى فليراجع (قوله ولا يضارب) لان الشئ لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه كالوكيل لا يوكل الا اذا قال له اعمل برأيك فله ان يوكل غيره ولا يملك ان يقول للثانى اعمل برأيك فلم يكن له ان يوكل قيل ما ذكر فى احداهما رواية فى الاخرى وقيل فرق بينهما وهو الظاهر كما فى المحيط بخلاف المستعير والمكاتب فانهما يملكان الاعارة والكتابة لانهما يتصرفان بحكم المالكية وكذا عند الاتصرف نيابة والمضارب يعمل بطريق النيابة والمستعير يملك المنفعة والمكاتب صار كالحر يدا حموى وكذا الاذن للعبد يتضمن مثله كالكتابة لانه

وكذلك لو ردّد فى الربح أيضا يفسد
عقد المضاربة (والا) اى وان لم يوجب
الشرط جهالة الربح (لا) يفسد
العقد (و) لكن (يبطل الشرط كشرط
الوضيعة) أى الخسران (على
المضارب) أو عليهما (ويدفع المال الى
المضارب ويبيع) المضارب (بنقد
ونسيئة ويشترى) المضارب (ويوكل)
المضارب احد البيع والشراء
(ويسافر) المضارب مطلقا وعن أبى
يوسف انه ليس له ان يسافر بلا اذنه
وعنه عن أبى حنيفة رحمه الله ان دفع
المال اليه فى مصر وهو من أهل ذلك
المصر فليس له ان يسافر به وان دفع
المال اليه فى غير مصره فله أن يسافر به
الى بلده (ويبضع) أى يعطى المال
بضاعة للتجارة (ويودع ولا يزوج) عبدا
المضارب من مال المضاربة (عبدا
ولا امة) وعن أبى يوسف رحمه الله
انه يزوّج الامة (ولا يضارب)
المضارب (الا باذن) من رب المال
(أو بقول) أى الا أن يقول رب المال
اعمل (برأيك)

يتصرف بحكم المالكية اذ هو فك الحجر زيلعي بخلاف الاستقراض والاستدانة حيث لا يملكهما وان قيل له اعمل برأيك لانهما ليسا من صنيع التجار فلا يدخلان في التعميم ما لم ينص عليهما تنوير وشرحه وكذا ليس له الشركة ولا خلط مال المضاربة بماله أو مال غيره الا ان يقول له اعمل برأيك بحر لان الشركة والخلط من صنيع التجار فيدخلان تحت قوله اعمل برأيك (قوله ولم يتعد الخ) شروع في المضاربة الخاصة (قوله عما عينه من بلد الخ) لان المضاربة تقبل التقييد المفيد ولو بعد العقد ما لم يصر المال عروضا لانه حينئذ لا يملك عزله فلا يملك تخصيصه كما سيجي • قيدنا بالمفيد لان غير المفيد لا يعتبر أصلا كنهيه عن بيع الحال وأما المفيد في الجملة كسوق من مصر فان صرح بالنهي صح والا لا درر وقوله كنهيه عن بيع الحال يعني عند عدم اختلاف السعر كما في شرح العيني (قوله فاشترى) ليس الشراء شرط في تحقق الغصب كما يستفاد من كلام الزيلعي ونصه ولو عين له بلدا وأخرجه الى غير البلد أو دفعه بضاعة لمن يخرجه ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان ما اشتراه له كمن اشترى شيئا ونقد ثمنه من المغصوب انتهى (قوله حتى رده الخ) فلو هلك قبل رده الى البلد كان ضامنا لانه لا يعود الى الوفاق الا برده الى البلد التي أذن في المبيع بها كذا بخط شيخنا (قوله برئ من الضمان) كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق عيني وكذا لو عاد في البعض اعتبارا للجزء بالكل در فان قيل اذا زال العقد بالتعدي احتيج الى تجديده قلنا في رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والفرض خلافه فمن قال رجعت المضاربة بناه على مشارفة الزوال وفي رواية المبسوط زوالها موقوف قال في الهداية والصحيح انه بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه حموي فعلى رواية المبسوط لا اشكال لان زوال المضاربة بالاخراج يتوقف على الشراء (قوله لا يصح التقييد) لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه الا ان صرح بالنهي لاحتمال الافادة لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكم ان المودع لو شرط عليه الحفظ بمحلة ليس له ان يحفظ في أخرى بخلاف اختلاف السعر لو قيده فزاد لانه الى خير يتعين كمن وكل شخصا ببيع عبد بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه بألفين فانه يجوز لما قلنا حموي وعيني (قوله على ان تشتري بها الطعام) كان الظاهر تذكير الضمير لعوده على المال (قوله على ان يشتري من أهل الكوفة الخ) كذا لو قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق أو قال خذه مضاربة بالنصف في الكوفة لان في للظرف وانما يكون ظرفا اذا حصل الفعل فيه أو قال على ان تعمل بالكوفة لان على للشرط فيتقيد به بخلاف ما لو قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة حيث كان له ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة زيلعي (قوله جاز) لان المقصود من هذا الكلام التقييد بالمكان أو بالنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤه زيلعي (قوله ولم يشتر من يعتق) مطلقا سواء ظهر ربح أم لا بدليل جعل الشارح قول المصنف ان ظهر ربح قيدا في شراء من يعتق على المضارب (قوله بقرابة) لكونه مخالفا للمقصود بخلاف الوكيل حيث يجوز له ان يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بان قال اشتر لي عبدا أبيعه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه ويضمن لانه نقد الثمن من مال المضاربة وعند مالك لو كان عالما موسرا ضمن والا فلا كذا ذكره العيني ومقتضاه الضمان عندنا مطلقا سواء كان عالما موسرا أو لا (قوله أو يمين) بان قال أن ملكته فهو حر (قوله ان ظهر ربح) لانه يعتق نصيبه ويفسد

ولم يتعد) أي لم يجاوز المضارب (عما عينه من بلد) وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجهما من تلك البلدة فان خرج المضارب الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه وعليه وضيعته وان لم يشتر حتى رده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان وانما قيد بالبلد لانه لو قال له على ان تشتري في السوق لا يصح التقييد به وله أن يعمل به في غير السوق في المصر استحسانا (و) لم يتعد عما عينه (من سلعة) بأن قال له خذ هذا المال مضاربة على ان تشتري بها الطعام (ووقت) بأن وقت للمضاربة وقتا بعينه (ومعامل) كما في الشركة أي لم يتجاوز عما عينه من هذه الاشياء كما لا يتعدى احد الشريكين في الشركة المقيدة مع شيء فيها والمراد بالمعامل معامل معين لانه لو قال على ان تشتري من اهل الكوفة أو قال على ان تعمل في الصرف وتشتري من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من رجل ليس من اهل الكوفة او من غير الصيارفة جاز (ولم يشتر من يعتق) بقرابة او يمين (على المالك او عليه) اى على المضارب (ان ظهر ربح)

بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذى مضى وهذا أولى من عطف الشارح قوله ويعتق نصيبه على قول المصنف ضمن كما لا يخفى كذا بخط شيخنا ووجه الاولوية ان عتق نصيب المضارب خاص بما اذا ظهر ربح فلا يناسب عطفه على قول المصنف وضمن لان الضمان لا يخص هذه الصورة بل يعم الصورتين كما ذكره هو ولم أر ان الضمان فى الصورتين هل هو على نمط واحد فيضمن جميع ثمنه أو يفرق بينهما والذى يظهر التفرقة بينهما ففى الوجه الاول يضمن جميع الثمن اذ ليس له فيه نصيب لعدم ظهور الربح بخلاف الوجه الثانى حيث يسقط عنه من ثمنه بحسب ما يخصه فيما ظهر فيه من الربح هذا ما ظهر لى وكأنهم انما تركوا التنبيه عليه لظهوره والمراد من ظهور الربح هنا ان تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح اولم يكن حتى لو كان المال ألفا فاشترى بها المضارب عبدين قيمة كل واحد منهما ألف فاعتقهما المضارب لا يصح عتقه وأما بالنسبة الى استحقاق المضارب فانه يظهر فى الجملة حتى لو أعتقهما رب المال فى هذه الصورة صح وضمن نصيب المضارب منهما وهو خمسمائة موسرا أو معسرا كذا فى الفتاوى الظهيرية وان لم يظهر ربح بالمعنى المذكور جاز شراؤه لعدم ملكه بحر (قوله متعلق بقوله أو عليه) لان عتق قريب رب المال أو من حلف بعتقه لا يتوقف على ظهور الربح (قوله وضمن الخ) ولو اشترى الشريك من يعتق على شريكه أو الاب أو الوصى من يعتق على الصغير نفذ على العاقد والمأذون اذا اشترى من يعتق على المولى فانه صح ويعتق عليه ان لم يكن مستغرقا بالدين والا لا وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل فى ملك المولى أم لا بحر مع زيلعى (قوله فى الصورتين) يعنى اذا اشترى من يعتق على رب المال وان لم يظهر ربح أو اشترى من يعتق عليه هو بشرط ظهور الربح واعلم ان ما مشى عليه الشارح حيث جعل قوله وضمن متعلقا بالصورتين أولى من حل العينى لاقتضائه ان قول المصنف وضمن مرتبط بالصورة الثانية فيلزم عليه سكوت المصنف عن بيان الضمان فى الصورة الاولى وليس كذلك (قوله ويفسد نصيب رب المال عنده ويعتق عندهما) هذا بالنسبة للصورة الثانية والخلاف بين الامام وصاحبيه فى نصيب رب المال فعند الامام يفسد ولا يعتق وعندهما يعتق أيضا كنصيب المضارب ينبنى على الاختلاف بينهم فى تجزئ الاعتاق عنده لا عندهما وأما الصورة الاولى وهى ما اذا اشترى المضارب من يعتق على رب المال ولم يظهر ربح فانه لا يعتق منه شئ أصلا لا على المضارب ولا على رب المال من غير خلاف أما عدم العتق على رب المال فلانه لم يثبت له الملك فيه لان المضارب صار مشتريا لنفسه وأما عدم العتق على المضارب فلعدم القرابة الا اذا كان قريبه أيضا وقد ظهر ربح فيعتق عليه حينئذ بقدر ما يخصه من الربح الذى ظهر (قوله صح ان يشترى من يعتق عليه) أى صح شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه عينى وهذا اذا اشترى بمثل القيمة أما اذا اشترى بأقل من قيمته فليس له ان يشترى من يعتق عليه حموى واليه يشير قول الشارح فان زادت قيمته بعد الشراء ووجهه ظاهر لان ما زاد عن ثمنه الى تمام القيمة يكون ربحا فيعتق منه بقدر ما يخصه فيه من الربح ويفسد نصيب رب المال أو يعتق أيضا على حسب اختلافهم فلا يتمكن حينئذ من بيعه للمضاربة (قوله فان زادت قيمته الخ) فلو كانت قيمته قدر رأس المال أو أقل لا يعتق حظه سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لانه اذا كانت قيمته قدر رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر قيمة كل واحد ألف أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شئ لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمها الى آخر زيلعى (قوله ولم يضمن الخ) لانه انما عتق عند الملك لا بصنع منه بل بسبب زيادة قيمته بلا اختيار فصار كما لو ورثه مع غيره بأن اشترت امرأة ابن زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج وأخا

(وضمن) متعلق بقوله أو عليه
فى الصورتين (ان فعل) ويعتق
عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال
عنده ويعتق عندهما (فان لم يظهر
ربح) أى المال (صح) ان يشترى
من يعتق عليه (فان) زادت قيمته
بعد الشراء حتى (ظهر الربح عتق
حظه منه ولم يضمن) المضارب (لرب
المال) شيئا

عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئا لانه لعدم الصنع منه درر (تتمة) شرى نصفه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا زيلعي عن الكافي (قوله وسعى العبد المعتق في قيمة نصيب رب المال معه) لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما أبوه عيني (قوله قيمتها ألف الخ) فلو صارت قيمتها ألفا ونصفه صارت أم ولد وضمن المالك ألفا وربعه لو موسرا ولو معسرا فلا سعاية عليها الان أم الولد لا تسعى درعن البحر (قوله فوطئها المضارب) لو قال ووطئها أى والحال انه قد وطئها فيستفاد حينئذ كون الوطء سابقا على الشراء لكان أولى بان يحمل على ان البائع زوجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح بخلاف التعبير بالفاء فانه يفيد سبق الشراء على الوطء لكن لا تفيد هذه الدعوة لعدم الملك وهو شرط اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر فيه الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر لان بعض مال المضاربة ليس بأولى من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا وخمسمائة ظهر الربح فيه فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه فأما الدعوة فاخبار فاذا ردفى حق غيره فهو باق فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره برد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق يثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير أصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير زيلعي ويوضحه ما فى الكافى فى باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحمل الامائة من فأوقع رجل فيها منا زائدا فغرقت كان الضمان كله عليه انتهى يعنى لان الحكم يضاف الى الاخير وكذا حرمة الشرب تتعلق بالقدح الاخير لانه الذى حصل به الاسكار دون ما قبله لكن الفتوى على قول محمد ما أسكر كثيره فقليله حرام (قوله فادعاه المضارب الخ) ولو ادعى رب المال انه ابنه لا المضارب فهو ابنه والجارية أم ولد له ولا يضمن للمضارب شيئا من عقر وقيمة بحر وهو ظاهر فيما اذا لم يظهر ربح فى الامة وولدها وقت ان ادعاه رب المال فان ظهر الربح فيهما فعلى رب المال ما يخص المضارب فى العقر وقيمتها فلو كان الربح ظهر فى الامة وحدها فعليه ما يخصه فى عقر الامة وقيمتها فقط ولو ظهر الربح فى الولد وحده دون الامة ضمن رب المال ما يخص المضارب فى قيمة الولد فقط فتأمل فانى لم ار من نبه على ذلك (قوله سعى الولد لرب المال فى الف وربعه) وهو مائتان وخمسون لان الالف مستحق له برأس المال ومائتان وخمسون نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضاربة وصارت كلها ام ولده ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بالاعسار واليسار ولا يتوقف على التعدى بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان الافساد فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر عينى (قوله او اعتقه رب المال) لكونه قابلا للعتق فان المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة عناية (قوله فيكون لرب المال الخيار) اى ان شاء المالك استسعى الغلام فى الالف ومائتين وخمسين وان شاء اعتقه درر (قوله فان قبض رب المال الالف من الغلام الخ) وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أمة للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم

ولده

(وسعى) العبد (المعتق فى قيمة نصيب رب المال معه) اى مع المضارب (الف) اشترى اخذها مضاربة (بالنصف فاشترى بها أمة قيمتها الف) ووطئها (فولدت) الامة (ولدا يساوى) الولد (الفا فادعاه) المضارب حال كونه (موسرا فبلغت) بعد الدعوة (قيمته الفا وخمسمائة فسعى) وهو الولد (لرب المال فى الف وربعه) رب المال (او اعتقه) مائتان وخمسون (فان المال فيكون رب المال الخيار) قبض) رب المال الالف من (الغلام بالاستسعاء وهو المال (ضمن المدعى) اى مدعى البنوة (نصف قيمتها) واعلم ان قوله موسر ليس بقيد لازم ذكره لانه لما لم يضمن فى الولد مع انه موسر فلان لا يضمن اذا كان معسرا أولى

ولده فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان اولى بجعله من رأس المال لان رأس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما شئ من الربح الا بعد سلامة رأس المال لرب المال زيلعي

(باب المضارب يضارب)

لما قدم المفردة شرع في المركبة در (قوله وهو حال من المضارب او صفة له) او خبر عنه وباب بترك التنوين لاضافته الى المضارب على الاولين والى الجملة على الثالث ويجوز التنوين على الثالث ويرد على تقدير الحالية ان الحال لا يجئ من المضاف اليه الا اذا كان المضاف خبرا من المضاف اليه او كجزء او عاملا في الحال وما هنا ليس كذلك (قوله لان المضارب بمنزلة النكرة) يشير الى القاعدة من ان الجمل والظروف بعد المعارف أحوال وبعد النكرات صفات وبعد المحتمل محتملة والمعرف بال الجنسية معرفة لفظا نكرة معنى فجاز في الجملة بعده الحالية نظر التعريفه لفظا والوصفية نظر التنكيره معنى انتهى (قوله لم يضمن بمجرد الدفع) لان الدفع ايداع وهو يملكه عيني (قوله ما لم يعمل الثاني) اذ بالعمل تبين انه مضاربة وهو لا يملكها فيضمن الا اذا كانت الثانية فاسدة كما سيذكره الشارح فلا ضمان وان ربح بل للثاني اجر مثله على المضارب الاول وللاول الربح المشروط در (قوله وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة) حتى لو ضاع في يده قبل العمل لا ضمان على احد وكذا لو غصب من الثاني فالضمان على الغاصب فقط ولو استهلك الثاني المال او وهبه كان الضمان عليه دون الاول واذا عمل الثاني خير رب المال ان شاء ضمن المال الاول رأس ماله وان شاء ضمن الثاني وان اختار رب المال ان يأخذ الربح ولا يضمن ليس له ذلك كذا في المبسوط فان ضمن الاول صحت المضاربة بينه وبين الثاني وكان الربح على ما شرطا وان ضمن الثاني رجع بما ضمن على الاول وصحت بينهما وكان الربح بينهما وطاب للثاني ما ربح دون الاول بحر (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) وهو قول الثلاثة ايضا لانه دفع ماله الى غيره بلا امره فيضمن عيني (قوله لا يضمن بالدفع حتى يربح) لان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع ولا بالتصرف لانه وكيل وانما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا الا ترى ان له ان يفعل كل واحد منهما على الانفراد لكن اذا ربح اثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب للضمان كما اذا خلطه بمال غيره زيلعي وجه ظاهر الرواية ان الربح انما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقامه في صيرورة المال مضمونا به درر (قوله حتى لو هلك المال قبل ظهور الربح الخ) تفريع على رواية الحسن وعلى ظاهر الرواية اذا هلك المال بعد العمل وجب الضمان ولو قبل ظهور الربح (قوله فاذا ربح ضمن الاول) كذا في القدوري ولم يتعرض للثاني فقيل ينبغي ان لا يضمن الثاني عند ابي حنيفة ويضمن عندهما بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل يتخير رب المال في تضمين أيهما شاء قال في الهداية بالاجماع وهو المشهور ووجه الفرق ان المضارب الثاني قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة وان ضمن الثاني رجع على الاول وصحت المضاربة لان اقرار الضمان على الاول ويطيب الربح للثاني لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فيه ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا الى وقت التعدي فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق عيني وزيلعي وكذا لا يطيب الربح للاول ايضا لو ضمن كما في شرح المجمع شرنبلالية (قوله هذا اذا كانت المضاربة صحيحة) اطلقها كالهداية ليشمل الاولى والثانية وعبارة الزيلعي هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وعبارة الدرر كعبارة الشارح قال في الشرنبلالية ولا تخالف لانه لا تصح الا اذا صحت الاولى

(باب المضارب يضارب)
وهو حال من المضارب أو صفة له
لان المضارب بمنزلة النكرة واعلم ان
المضارب لا يملك ان يضارب الا باذن
رب المال (فان ضارب المضارب بلا
اذن) رب المال (لم يضمن) بمجرد
الدفع (ما لم يعمل) المضارب (الثاني)
مطلقا سواء ربح او لم يربح وهذا
عندهما وهو ظاهر الرواية عن أبي
حنيفة رحمه الله وقال زفر يضمن
بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن
أبي يوسف رحمه الله وفي رواية الحسن
عن أبي حنيفة لا يضمن بالدفع حتى
يربح حتى لو هلك المال قبل ظهور
الربح لا يضمن كلاهما فاذا ربح ضمن
الاول لرب المال هذا اذا كانت
المضاربة صحيحة

(قوله فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثانى) لانه اجير فيه والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له بل له أجر مثله على المضارب الاوّل وللاوّل ماشرط له من الربح درر ويرجع به الاوّل على رب المال والوضيعة على رب المال والربح بين الاوّل ورب المال على الشرط بعد أخذ الثانى اجرته اذا كانت المضاربة الاولى صحيحة والا فللمضارب الاوّل أجر مثله ولو دفع الثانى مضاربة الى ثالث وربح الثالث أو وضع فان قال الاوّل للثانى اعمل فيه برأيك فلرب المال ان يضمن أى الثلاثة شاء ويرجع الثالث على الثانى والثانى على الاوّل والاوّل لا يرجع على احد اذا ضمنه رب المال بحر (قوله لا يضمن الاوّل وان عمل الثانى) وكذا لا يضمن الثانى لانه ان كانت الثانية هى الفاسدة صار اجيرا على مابينا وللاوّل ان يستأجر من يعمل وان كانت هى الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا وليس للاجيران يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذلك اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له ان يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاوّل أن يستأجر بعد ما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر فى المضاربة الصحيحة فكذا فى الفاسدة أيضا زيلعى (قوله فللمالك النصف من الربح وللاوّل السدس الخ) لان الدفع الى الثانى صحيح لانه بأمر المالك وقد شرط لنفسه نصف جميع مارزق الله وجعل الاوّل للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال وهما بالعمل عينى (قوله والباقى بين المالك والمضارب الاوّل نصفان) لان رب المال هنا شرط ان يكون مارزق الله المضارب الاوّل بينهما نصفين والمرزوق للاوّل هو الثلثان لان الثلث استحقه الثانى بشرط الاوّل وهو مأذون له فلم يكن من رزق الاوّل الا الثلثين فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا عينى (قوله فللثانى النصف واستويا فيما بقى) لان الاوّل شرط للثانى النصف وشرطه صحيح لانه باذن المالك واستويا فيما بقى وهو النصف لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ماربحه الاوّل ولم يربح الاوّل الا النصف والنصف الآخر صار للثانى بشرطه فلم يكن من ربح الاوّل عينى (قوله ولا شئ للاوّل) لان قول رب المال مارزق الله أوما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاوّل للثانى نصف جميع الربح ولم يبق للاوّل شئ عينى (قوله وضمن الاوّل للثانى السدس) لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الاوّل لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ فى حق رب المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد لانه غره فى ضمن عقد المضاربة عينى (قوله ولعبده ثلثه) شامل لما لو شرط للمكاتب بعض الربح فانه يصح وكذا لو كان المكاتب المضارب لكن بشرط ان يشترط عمله فيهما وكان المشروط للمكاتب لا لمولاه وان لم يشترط عمله لا يجوز وعلى هذا غيره من الاجانب فتصح المضاربة ويكون لرب المال ويبطل الشرط والولد والمرأة كالاجانب بحر عن النهاية (قوله على ان يعمل) عمل العبد ليس بقيد للصحة اذ لو اشترط له الثلث ولم يشترط عمله صح ويكون لمولاه لكن فائدة اشتراط عمله تظهر فى أخذ غرمائه ماشرط له حينئذ والا فليس لهم بل للمولى قال الزيلعى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا فى مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى الخ واستفيد منه انه اذا اشترط عمله فلم يعمل لم يكن للغرماء بل للمولى لانه حيث لم يعمل لم يكن من كسبه (قوله وثلثاه لرب المال) ان لم يكن على العبد دين سواء شرط فيها عمل العبد اولم يشترط زيلعى (قوله وان كان عليه دين فهو للغرماء) ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى كما سبق عن الزيلعى وكذا اذا شرط الثلث لعبد المضارب صح سواء اشترط عليه العمل اولم يشترطا ان لم يكن عليه دين ويكون ماشرط له للمولى وان كان

فان كانت فاسدة لا يضمن الاول وان عمل الثانى (فان دفع) الاول الى الثانى (باذن) رب المال المال أى دفع بشرط الثلث (بالثلث) اى المضارب (و) الحال انه (قيل له) الاول (مارزق الله بيننا نصفان) وقد تصرف الثانى وربح (فللمالك النصف) من الربح (وللاول السدس وللثانى الثلث ولو قيل له) أى المضارب الاول (مارزقك الله بيننا نصفان) والمسئلة بحالها (فللثانى ثلثه والباقى بين المالك والمضارب الاول نصفان) فيكون الربح اثلاثا (ولو قيل له) أى للمضارب الاول (ماربحت بيننا نصفان ودفع) الاول الى الثانى (بالنصف فللثانى النصف واستويا) أى رب المال والاول (فيما بقى من النصف) فيكون الربع لرب المال والربع للاول ولو قيل له اى للاول (مارزق الله فلى نصفه) اوقيل (ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع) المضارب الاول (بالنصف فللمالك النصف وللثانى النصف ولا شئ للاوّل ولو شرط) المضارب الاوّل (للثانى ثلثيه) والمسئلة بحالها فلرب المال النصف وللمضارب الثانى النصف (وضمن) المضارب (الاوّل) من ماله (للثانى السدس) من الربح (وان شرط) المضارب (للمالك ثلثه ولعبده) أى عبد رب المال (ثلثه على ان يعمل) عبد المالك (معه و) شرط (لنفسه ثلثه صح) وتصرف وربح فكان ثلث الربح للمضارب وثلثاه لرب المال ان لم يكن على العبد دين وان كان عليه دين فهو للغرماء

عليه ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرط لرب المال عند أبى حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون خلافا لهما ولو شرط بعض الربح لمكاتب أحدهما ان شرط عمله جاز وكان المشروط له وان لم يشترط عمله لا يجوز وكذا الاجنبى كما فى الزيلعى لكن فى الدر عن القهستانى انه يصح مطلقا والمشروط للاجنبى ان شرط عمله والا فللمالك أيضا وعزاه للذخيرة ولو اشترط عمل مضارب مع مضاربه او عمل رب المال مع المضارب الثانى تفسد لانه يمنع التخلية ولو شرط بعض الربح للمساكين او للحج أو فى الرقاب أو لامرأة المضارب أو مكاتبه لم يصح ويكون لرب المال ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فان شاءه المضارب لنفسه أو لرب المال صح الشرط وان شاءه لاجنبى لم يصح ولو شرط البعض لقضاء دين المضارب او دين المالك جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه بحر وتبعه فى التنوير وشرحه وقوله ولو شرط بعض الربح للمساكين الخ عزاه فى البحر الى المحيط وهو مخالف لما نقله شيخنا عن منية المفتى بعلامة الفتاوى السراجية حيث قال اشترط المضارب ثلث الربح لامرأته أو مكاتبه أو للمساكين أو فى الرقاب أو فى الحج جاز انتهى قال شيخنا ولعل فى المسئلة قولين (قوله لا يصح ان لم يكن عليه دين) لانه اشترط العمل على المالك ففات به تسليمه وهو شرط (قوله صح عند أبى حنيفة) لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من اهل ان يعمل فى مال المضاربة خلافا لهما زيلعى بخلاف المكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه لا تفسد مطلقا فان عجز قبل العمل ولا دين عليه فسدت ولو دفع المكاتب ماله الى مولاه يصح بحر عن المحيط (قوله بموت احدهما) لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على أحدهما وبجنون أحدهما مطبقا در عن القهستانى وفيه عن البزازية مات المضارب والمال عروض باعها وصيه ولو مات رب المال والمال نقد تبطل فى حق التصرف ولو عروضا تبطل فى حق المسافرة لا التصرف فله بيعه بعرض ونقد انتهى (قوله وبلحوق المالك مرتدا) لان اللحوق بمنزلة الموت والمراد بالمالك خصوص الرجل ولهذا قال فى غاية البيان ولو كان رب المال امرأة فارتدت فهى بمنزلة المسلمة لانها لا تقتل فلم تنعقد الردة سبب التلف فى حقها انتهى (قوله يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة الخ) وعندهما يجوز فلا يتوقف عزمى زاده عن شرح المجمع (قوله فالمضاربة على حالها عندهم) مخالف لما نقله الحموى عن الولوالجية وجه كون المضاربة على حالها ان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه فى ملكه ولا ملك له هنا فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة لان صحتها بالآدمية والتميز ولا خلل فى ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة ولا توقف فى ملك رب المال لان توقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا تعلق لورثة المضارب بملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها الا ان ما يلحقه من العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال فى قول أبى حنيفة لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبى المحجور اذا توكل عن غيره بالبيع والشراء وفى قولهما حاله فى التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال زيلعى مع عناية (قوله ثم عاد مسلما جاز الخ) حكم بلحاقه ام لا عناية بخلاف الوكيل لانه لا حق له بخلاف المضارب تنوير وشرحه وليس المراد ان الوكيل ارتد ولحق ثم عاد مسلما كما يتوهم بل الموكل هو الذى ارتد ولحق ثم عاد مسلما بدليل ما فى البحر حيث قال عاد رب المال بعد اللحوق مسلما فالمضارب على مضاربته بخلاف الوكيل والفرق ان محل التصرف خرج عن ملك الموكل ولم يتعلق به حق الوكيل بخلاف المضارب انتهى (قوله ان علم) لا فرق فى اشتراط العلم بالعزل بين العزل الحكمى وغيره فى المضاربة بخلاف الوكيل فانه ينعزل فى الحكمى وان لم يعلم بحر وزيلعى (قوله وان علم المضارب بعزله والمال عروض الخ) والمراد بالعلم ما يستفاد من خبر رجلين مطلقا أو واحد عدل ان كان فضوليا والا فخبر مميز بحر والمراد بالعروض هنا خلاف جنس رأس المال فالدراهم والدنانير هنا جنسان در (قوله باعها) ولو نسيئة ولو نهاه عنها ولا يملك المالك فسخها فى هذه الحالة ولا تخصيص الاذن لانه عزل من وجه بخلاف

هـذا اذا كان العاقد هو المولى ولو
عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع
اجنبى وشرط العمل على المولى لا يصح
ان لم يكن عليه دين وان كان على
العبد دين صح عند أبى حنيفة
(وتبطل) المضاربة (بموت أحدهما
وبلحوق المالك) اى الحكم بلحوق
المالك دار الحرب حال كونه (مرتدا)
قيد باللحوق لان قبل لحوقه يتوقف
تصرف مضاربه عند أبى حنيفة رحمه
الله ان اسلم نفذ وان مات أو قتل على
الارتداد بطل وقيد بالمالك لانه لو
ارتد المضارب ولحق فالمضاربة على
حالها عندهم ولو لحق المالك مرتدا
ثم عاد مسلما جاز ما فعله مضاربه من
البيع والشراء وتبقى المضاربة على
ما شرط كذا فى المبسوط (وينعزل)
المضارب (بقوله ان علم) المضارب
العزل قيد به لانه لو لم يعلم به حتى
اشترى وباع فتصرفه جائز (وان علم)
المضارب بعزله (والمال عروض
باعها)

أحد الشريكين اذا فسخها وما لها امتعة تنوير وشرحه (قوله ولا يمنعه العزل عن ذلك) أى لا يعزل عن بيعها لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض زيلعى وعينى (قوله ثم لا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد مانض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ففى القياس ليس له بيعه بجنس رأس المال لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له ذلك لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه زيلعى (قوله أجبر) لانه كالاجير والربح كالاجرة (قوله والا لا يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع على انهاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم زيلعى ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما أخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة (قوله ويوكل المالك عليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة لا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل لئلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر عليه ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال لئلا يضيع حقه عينى (قوله والسمسار) هو المتوسط بين البائع والمشترى بأجر من غير ان يستأجر ولو استأجره بأجرة معلومة على ان يشترى او يبيع شيئا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة فى جوازه ان يستأجره يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدة عينى (قوله يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان فى المال ربح زيلعى (قوله فمن الربح) لانه تابع ورأس المال أصل فيصرف الهالك الى التابع كما فى العفو فى الزكاة عينى والقول للشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه ان يذكر الامر مفصلا والقول قوله فى الضياع والرد الى الشريك نهر فى الشركة (تتمة) هلك مال المضاربة قبل ان يشترى به شيئا بطلت وان استهلكه المضارب ضمنه ولم يكن له الشراء بعد ذلك لصيرورته ضمينا وان استهلكه غيره فأخذه منه كان له الشراء على المضاربة حموى عن الاقطع (قوله لم يضمن المضارب) لكونه امينا سواء كان من عمله اولا بحر (قوله ترادا الربح) فيضمن المضارب ما أخذه على انه ربح لانه أخذه لنفسه بخلاف ما بقى فى يده لا يضمنه اذ لم يأخذه لنفسه حموى (قوله ليأخذ المالك رأس ماله) لان الربح تابع كما ذكرنا فلا يسلم بدون سلامة الاصل عينى (قوله فهو بينهما) لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء ماله الا فى الربح عينى (قوله لم يترادا الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة زيلعى لكن قوله وصورة هذه الحيلة ان يسلم المضارب رأس المال الى رب المال يوهم انه شرط وليس كذلك حتى لو بقى المال بعد فسخ المضاربة فى يد المضارب والمسئلة بحالها لم يختلف الحكم قال فى الدر بعد قول التنوير وان قسم الربح وفسخت المضاربة والمال فى يد المضارب الخ ومثله فى حواشى عزمى زاده عن صدر الشريعة

(فصــل) ما يملكه المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما كان معتادا بين التجار ونوع لا يملكه الا اذا قيل اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط ونوع لا يملكه الا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقا والكتابة والاقراض والهبة والصدقة زيلعى وقوله والعتق مطلقا أى ولو بمال (قوله ولا

ولايمنعه العزل عن ذلك (ثم
لايتصرف) المضارب (فى ثمنها ولو
افترقا) يعنى فسخا المضاربة (و
الحال انه (فى المال ديون وربح اجبر)
أى الحاكم المضارب (على اقتضاء
الديون) اقتضيت منه حتى اخذته
(والا) أى وان لم يكن فى المال ربح
(لايلزمه الاقتضاء ويوكل المالك
عليه) أى على اقتضاء الديون من
الغرماء (والسمسار) بالكسر الدلال
فارسى معرب (يجبر على التقاضى)
أى على اخذ ثمن المبيع (وما هلك
من مال المضاربة فمن الربح) اى يهلك
دون رأس المال (فان زاد الهالك على
الربح لم يضمن المضارب وان قسم
الربح) قبل استيفاء رأس المال كله
(وبقيت المضاربة ثم هلك المال
أو بعضه ترادا) اى المالك والمضارب
(الربح ليأخذ المالك رأس ماله وما
فضل) من رأس ماله (فهو بينهما
وان نقص) من رأس ماله بأن كان
الهالك اكثر من الربح (لم يضمن
المضارب وان قسم الربح وفسخت)
المضاربة (ثم عقداها) اى رب المال
والمضارب المضاربة ثانيا (فهلك
المال) فى العقد الثانى (لم يترادا)
الربح الاول

فصــل

تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) ليس المراد مايوهمه ظاهر العبارة من اختصاص المالك بالربح بل يقسم بينهما على ماشرطاه كما فى الشرنبلالية وسيأتى التصريح به فى الشارح ولهذا نقل الشلبى عن باكير مانصه وتفسير الابضاع الاستعانة لاان يكون المال للمبضع انتهى والمراد بالمال فى قوله لاان يكون المال للمبضع ماسيربحه المالك أى لا ان يكون الربح للمبضع وحده عملا بقضية البضاعة بل يكون بينهما على الشرط وحينئذ لايرد ماذكره فى الدرر حيث قال فان قيل ينبغى ان يكون الابضاع للمالك مفسدا للعقد لان الربح حينئذ يكون للمالك وقد اعتبر فى مفهوم الشركة فى الربح وشرط كونه مشاعا بينهما وكذا يسقط ماذكره جوابا عن هذا الاشكال حيث ذكر ان العقد اذا صح ابتداء باعتبار شيوع الربح بينهما لا يبطل تخصيص أحدهما بالربح واعلم ان التقييد بدفع المال للاحتراز عما لو أخذه المالك بغير امر المضارب وباع واشترى فانها تبطل ان كان رأس المال نقدا لانه عامل لنفسه وان صار عروضا لا لان النقض الصريح حينئذ لا يعمل فهذا أولى ثم ان باع بعروض بقيت وان باع بنقد بطلت تنوير وشرحه (قوله فالربح بينهما) فيه دلالة ظاهرة على بطلان ماذكره فى الدرر جوابا عن اشكاله الذى قدذكرناه وعلى ان اشكاله غير وارد من اصله (قوله وقال زفر تفسد المضاربة) لان رب المال يتصرف فى مال نفسه فلا يصلح وكيلا فى مال نفسه فيكون مستردا ولنا ان الواجب هو التخلية وقد تمت وصار التصرف حقا للمضارب وله ان يوكل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لانه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالاجنبى فرب المال اولى بخلاف ما اذا اشترط عليه العمل ابتداء حيث لايجوز لانه يمنع التخلية زيلعى والحاصل ان أخذه لا على وجه الفسخ لا يكون مبطلا لها كالراهن اذا استعاره الراهن لا يكون فسخا له ومافى الزيلعى والعينى من قوله اذا استعاره المرتهن سبق قلم (قوله لا تصح المضاربة الثانية) لانها تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدى الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقى عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى بحر عن الهداية اذا علمت هذا ظهر مافى عبارة الدرر من الايهام حيث قال ولا تبطل بالدفع الى المالك بضاعة او مضاربة ولو قال كما فى التنوير لا مضاربة لكان اولى لايهامه جواز دفع المال اليه مضاربة كالبضاعة ولهذا قال فى العزمية أى لا تبطل المضاربة الاولى ومعناه عدم صحة المضاربة الثانية انتهى واعلم ان المنفى من قول التنوير لا مضاربة هو صحة المضاربة الثانية بقى ان يقال ماسبق من قوله ولا مال هنا وعزاه فى البحر الى الهداية أى ولا مال من جهة الدافع (قوله فان سافر الخ) هذا اذا سافر بمال المضاربة فقط ولو سافر بماله ومال المضاربة او خلطه باذن رب المال اوسافر بمالين لرجلين انفق بالحصة شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله فطعامه الخ) وكذا فراش النوم بحر عن المحيط (قوله وركوبه) بفتح الراء مايركب بحر وجوز الشلبى ضم الراء على انه مصدر (قوله وغسل ثياب يلبسها) لان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك بالمعروف حتى اذا زاد يضمن زيلعى ولما كان المعتبر عادة التجار كان له ا كل الفاكهة وان لم يكن من النفقة وله الخضاب وأشار بقوله فطعامه الى انه يأكل ما كان معتاده بحر عن الخلاصة والتقييد بالمعتاد صريح فى المنع من غير المعتاد من الطعام وقوله ولما كان المعتبر عادة التجار الخ يشير الى ان التفكه مقيد بالمعتاد أيضا (قوله وأجرة اجير يخدمه) كذا كل من يعين المضارب على العمل ويخدم دوابه فنفقته فى مالها الا عبيد رب المال ودوابه فان نفقتهم فى مال رب المال شرنبلالية عن البزازية وليس له شراء جارية للوطء او للخدمة بحر عن الظهيرية (قوله والدهن) يجوز ان يراد به عين الدهن فتضم داله ويجوز فتحها على المعنى المصدرى ولو انفق من ماله ليرجع فى مالها له ذلك ولو هلك لم يرجع على المالك در (قوله فى مال المضاربة) لان النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضى والمرأة والمضارب فى المصر ساكن بالسكن الاصلى واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة قيد بالمضارب لان الاجير والوكيل

ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) فالربح بينهما وقال زفر تفسد المضاربة ولو دفع المال الى رب المال مضاربة لا تصح المضاربة الثانية ولا تفسد المضاربة الاولى عندنا ويكون الربح بينهما على ماشرطا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى (فان سافر) المضارب (فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) مطلقا سواء كان كراء أو شراء وغسل ثياب يلبسها واجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن فى موضع يحتاج اليه كالحمام وأجرة الحمام والحلاق (فى مال المضاربة)

والمستبضع لا نفقة لهم مطلقا لان الاجير يستحق البدل لا محالة والوكيل والمستبضع متبرعان وكذا الشريك اذا سافر بمال الشركة لا نفقة له لانه لم يجر التعارف به ذكره المصنف فى الكافى وصرح فى النهاية بوجوبها فى مال الشركة وأطلق المضاربة فانصرفت الى الصحيحة لان المضارب فى الفاسدة أجير لا نفقة له بحر (قوله مطلقا) يقابل هذا الاطلاق ما سيذكره الشارح عن الامام مالك أن كثير المال ينفق من مال المضاربة الخ (قوله وان عمل فى المصر) سواء ولد فيه او اتخذه دارا أما اذا نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه دارا فله النفقة بحر عن شرح المجمع فلو أخذ مالا بالكوفة وهو من أهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له فى المال مادام بالكوفة فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى يأتى البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال مادام بالبصرة لان البصرة وطن أصلى له فكان اقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة له ان ينفق من المال الى ان يأتى الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق أيضا ما أقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة وانه يبطله بالسفر الخ (قوله كالدواء) سواء كان فى السفر أو الحضر درر (قوله وعن أبى حنيفة ان الدواء فى مال المضاربة) لانه لاصلاح بدنه وكذلك النورة والدهن فى قولهما خلافا لمحمد فى الدهن ووجه الظاهر كما ذكره الزيلعى ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما فى حق المرأة انتهى أى كما لا يجب على الزوج ثمن أدوية الزوجة (قوله ولو كان خروجه دون السفر) أى الشرعى حموى (قوله وان كان بحيث لا يبيت فى أهله الخ) لانه بمنزلة السفر الشرعى حموى (تتمة) ما فضل من الطعام وغيره فى يده بعد الاقامة يرده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقى شئ فى يده يرده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازى اذ خرج من دار الحرب يرد الى القيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها الى الخدمة فان الزوج يسترد ما بقى فى يدها من النفقة زيلعى (قوله فان ربح) فيه اشارة الى ان للمضارب ان ينفق على نفسه من مال المضاربة فى السفر قبل الربح والى انه لو لم يظهر ربح لا شئ على المضارب بحر (قوله أخذ المالك ما أنفق المضارب من رأس المال) حتى يتم به رأس المال عينى قيد بالنفقة لانه لو كان فى المال دين غيرها قدم ايفاؤه على رأس المال بحر كما اذا استدان المضارب باذن صريح من رب المال أو اشترى شيئا بأكثر من رأس المال (قوله فتكون النفقة مصروفة الى الربح) لان ما أنفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف الى الربح كما مر درر (قوله ولا تكون مصروفة الى رأس المال) لان رأس المال أصل والربح تبع فلا يسلم لهما التبع حتى يسلم لرب المال الاصل عينى (قوله حسب ما أنفق الخ) الاصل ان ما أوجب زيادة المالية حقيقة أو حكما أو اعتاده التجار يضم تنوير وشرحه عن النهاية (قوله وأضاف الى الثمن) أى حسب ما أنفق واضافه الى الثمن لانه لا يلزم من حسبانه اضافته لكن يلزم على هذا حذف العاطف والمعطوف معا وهو جائز اذا كان العاطف الواو والفاء وأمن اللبس كما هنا فمن ذلك مع الواو سرابيل تقيكم الحر أى والبرد ومع الفاء ان اضرب بعصاك الحجر فانبجست أى فضرب فانبجست (قوله لا يحسب الخ) حسبه عده وبابه نصر وحسابا أيضا بكسر الحاء وضمها شيخنا عن المختار (قوله ما أنفق على نفسه) لانهم لم يتعارفوا ذلك ولانه لا يزيد فى قيمة المتاع درر (قوله ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب (قوله فهو متطوع) لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز وعلى هذا لو زاد عن الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا فى الزيادة زيلعى (قوله فهو شريك بما زاد الصبغ فيه) لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة زيلعى والقصارة بفتح القاف مصدر من قصر الثوب وبكسرها حرفته بحر (قوله ولا يضمن المتاع) لانه مأذون فيه بقوله اعمل برأيك ولم يقع على المضاربة لان فيه استدانة

مطلقا استحسانا وقال الشافعى رحمه الله ينفق المضارب من مال نفسه مطلقا وقال مالك رحمه الله ان كثر المال ينفق من مال المضاربة ولو قل فمن مال نفسه (وان عمل) المضارب (فى المصر) أو فى قريته (فنفقته فى ماله) أى مال نفسه لا فى مال المضارب (كالدواء) وعن أبى حنيفة ان الدواء فى مال المضاربة ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقى فى المصر وان كان بحيث لا يبيت فى أهله فنفقته من مال المضاربة (فان ربح) المضارب (أخذ المالك ما أنفق) المضارب (من رأس المال وما بقى يكون بينهما) على ما شرطا فتكون النفقة مصروفة الى الربح ولا تكون مصروفة الى رأس المال (فان باع المتاع مرابحة حسب) ما أنفق على المتاع من الحمل ونحوه كاجرة السمسار واضاف الى الثمن (ما أنفق على المتاع) من الحمل ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ (لا) يحسب ما أنفق (على نفسه) ويقول قام على بكذا (ولو) كان مع المضارب ألف فاشترى به متاعا و(قصره او حمله بماله و) الحال (انه قيل له) اى للمضارب (اعمل برأيك فهو) أى المضارب (متطوع) متبرع فيما انفق (وان صبغه) المضارب صبغا احمر (فهو) اى المضارب (شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) المتاع

على المالك وليس له ولاية ذلك شيخنا عن العناية بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب بحر (قوله فيه) أى فى قيمة الثوب الابيض تعقب بأنه لم يتقدم للثوب ذكر وانما تقدم ذكر المتاع وأجيب بأن دخول الثوب فى عموم المتاع كاف (قوله لان السواد يوجب النقصان) هذا بحسب زمانهم أما الآن فيوجب الزيادة والاحكام تختلف باختلاف الازمان حموى (قوله وقيل ثياب الكتان والقطن) لا الخز والصوف بحر عن المغرب (قوله ولم ينقد الثمن) تقول نقدت الدراهم نقدا من باب قتل اذا نظرتها لتعرف جيدها و زيفها ونقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته فانتقدها أى قبضها (قوله وربع العبد للمضارب الخ) لانه لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فاذا اشترى بألفين عبدا صار مشتريا بربعه لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين فاذا ضاعت الالفان وجب عليه الثمن وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب المال لانه وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لانه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة بحر ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعنى ثلاثة ارباع العبد كذا بخط شيخنا (قوله أى لا يبيع المضارب العبد) مرابحة الا على الالفين لانه اشتراه بهما (قوله صفته) أى صفة العبد انه اشتراه المالك بنصفه حموى (قوله فيقول اشتريته بخمسمائة) لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه المالك لكون البيع الكائن بينهما كالمعدوم وكذا عكسه بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بألف يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم كذا فى الزيلعى والعينى والدرر وكذا فى الهدايه والجامع الصغير كما ذكره الحموى وكذا فى الدرر ونصه ولو كان بالعكس يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم فتبنى المرابحة على ما اشتراه به كانه اشتراه له وناوله اياه بلا بيع وذكر فى البحران ما ذكره الزيلعى موافق لما فى المحيط قال وليس ما ذكره الزيلعى هنا مخالفا لما ذكره فى باب المرابحة من انه يضم حصة المضارب وقد اشتبهت هذه المسئلة على كثير حتى زعموا انه وقع منه تناقض وليس كذلك بل ما ذكره هنا هو الوجه الاول فى كلام المحيط الخ اذا علمت هذا ظهر ان ما قيل من ان ما ذكره الزيلعى هنا من التسوية بين المسئلة وعكسها منهو بل فى العكس يرابح على سبعمائة وخمسين غير مسلم (قوله امر بالدفع أو الفداء الى قوله فان اختار الدفع الخ) ذكر الشارح هذه الافعال مجردة عن ألف التثنية مخالف لما فى الدرر وجرى عليه الحموى فى شرحه وسيأتى لهذا مزيد بيان (قوله يدفع وتنتهى المضاربة) لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل درر (قوله وان اختار الفداء) خرج العبد عن المضاربة أما حصة المضارب فلان ملكه فيه تقرر بالفداء فصار كالقسمة وأما حصة المالك فلان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلى هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه درر (قوله فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما أرباعا لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيها الربح وهو ألف ههنا بينهما نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه ارباعا ثلاثة ارباعه على رب المال والربع على المضارب درر وعينى (قوله ثم العبد لهما لا على المضاربة) لخروجه عن المضاربة بالفداء للتنافى در (قوله يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) بحكم الاشتراك بينهما لانه بحكم الفداء كأنهما اشترياه عينى (قوله وانما قيد بقوله قيمته ألفان لانه اذا كان ألفا لا شئ على المضارب) لان الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفداء مع ذلك فله ذلك لانه يستبقى بالفداء مال المضاربة وله ذلك لتوهم الربح كذا فى الايضاح ثم اعلم ان العبد المشترى فى المضاربة اذا جنى خطأ لا يدفع بها حتى يحضر المضارب ورب المال سواء كان الارش

قوله فيه أى فى قيمة الثوب الابيض حتى لو كان قيمته غير مصبوغ الفا ومصبوغا ألفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وانما خص الحمرة لان السواد يوجب النقصان وهو خلاف سائر الالوان عند أبى حنيفة رحمه الله وأما سائر الالوان فمثل الحمرة كذا ذكره فخر الاسلام فى الجامع الصغير (معه الف بالنصف فاشترى) اى المضارب (به بزا) البز قيل متاع البيت وقيل ثياب الكتان والقطن (وباعه بالفين واشترى) المضارب (بهما) عبدا (ولم ينقد) الثمن (فضاعا) أى الالفان (فى يده) أى فى يد المضارب غرما أى رب المال والمضارب الفا و(غرم المالك الفا) أيضا وحده (وربع العبد للمضارب) وباقيه على المضاربة (ورأس المال الفان وخمسمائة) لان رب المال دفع مرة ألفا الى المضارب ومرة ألفا وخمسمائة (ويرابح على الفين) أى لا يبيع المضارب العبد الا على الالفين فان باع العبد باربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب لانه بدل ماله وثلاثة ارباعه وهى ثلاثة آلاف للمضاربة يدفع رأس المال وذلك الفان وخمسمائة ويبقى خمسمائة بينهما على ما اشترطا (وان اشترى) المضارب (من المالك بألف عبدا) صغيرا صفته (اشتراه) المالك (بنصفه رابح) اى يبيع المضارب ذلك العبد مرابحة (بنصفه) فيقول اشتريت بخمسمائة (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ) أمر بالدفع أو الفداء فان اختار الدفع يدفع وتنتهى المضاربة وان اختار الفداء (فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب) وانتهت المضاربة ثم العبد لهما لا على المضاربة (يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) وانما قيد بقوله قيمته ألفان لانه اذا كان ألفا لا شئ على المضارب (معه ألف فاشترى به عبدا

مثل قيمة العبد او أقل أو أكثر وكذا لو كانت قيمته ألفا لا غير لا يدفع الا بحضرتهما لان المضارب له فيه حق ملك حتى ليس لرب المال ان يأخذه ويمنعه من بيعه كالمرهون اذا جنى خطأ لا يدفع الا بحضرة الراهن والمرتهن والحاصل انه يشترط حضرة رب المال والمضارب للدفع دون الفداء الا اذا أبى المضارب الدفع والفداء وقيمته مثل رأس المال فلرب المال دفعه لتعنته فان كان أحدهما غائبا وقيمة العبد ألف درهم ففداه الحاضر كان متطوعا لانه أدى دين غيره بغير امره وهو غير مضطر فيه فانه لو أقام البينة على الشركة لا يطالب بحصة صاحبه لا بالدفع ولا بالفداء كذا في النهاية وذكر قاضيخان ان المضارب ليس له الدفع والفداء وحده لانه ليس من أحكام المضاربة فلهذا كان اليهما بحر (قوله وهلك الثمن قبل النقد) ولم يضمن لانه أمين در (قوله دفع المالك الى المضارب) هو الظاهر خلافا لما في العيني من قوله الى البائع كذا بخط شيخنا (قوله الفا آخر) ذكر الصفة لان الالف مذكر حموى عن الصحاح وقوله ذكر الصفة الخ يعني حيث لم يقل اخرى (قوله ثم وثم) فيه حذف المعطوف ودخول حرف العطف على مثله حموى (قوله ولو عشر مرات) بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع لانه لم يبق له حق بعد الاستيفاء حتى لو لم يقع استيفاء بأن دفع اليه الثمن قبل الشراء فاشترى به فهلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء زيلعي ومنه يعلم ما في كلام بعضهم حيث اطلق في محل التقييد (قوله فالقول للمضارب) قيد الاختلاف بكونه في المقدار لان الاختلاف اذا وقع في صفة المقبوض فالقول لرب المال كما سيأتي بحر (قوله وكان أبو حنيفة يقول أولا الخ) لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر زيلعي (قوله ثم رجع الخ) لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول للقابض في مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا كما لو أنكر القبض بالكلية زيلعي وقوله أمينا كان الخ الضمين كالغاصب والامين كالمودع كذا بخط شيخنا (قوله فالقول للمضارب في قدر رأس المال) لانه القابض ولرب المال فيما شرط له من الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال في يده بضاعة فكذا في انكاره الزيادة زيلعي قال شيخنا وجواب لو ما يفهم من سياق كلامه وهو كان القول له (قوله وأيهما أقام البينة الخ) وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار رأس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانهما اكثر اثباتا زيلعي (قوله فالقول للمضارب) لان الاصل في المضاربة العموم والقول لمن يتمسك بالاصل ولو ادعى كل نوعا فللمالك لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الاذن من جهته اولى والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان درر (قوله فالقول للمالك) يعني مع اليمين كما في شرح الحموي لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو الشركة في ماله أو شرطا من جهته ورب المال منكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة للمضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر زيلعي (قوله بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة) ليس هذا عكس صورة المسئلة فليراجع الايضاح حموي وأقول ليس المراد عكس مسئلة المصنف بل عكس المسئلة التي أشار اليها الشارح بقوله أو قرض بأن قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة كما قدمناه عن الزيلعي فهي عكسها بالنسبة لدعوى رب المال المضاربة (تتمة) مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا في تركته در عن شرح الوهبانية وظاهره انه لو كان على المضارب دين آخر فرب المال يكون اسوة الغرماء وليس كذلك فقد نقل شيخنا رحمه الله تعالى عن فتاوى قاضيخان ما نصه مات المضارب وعليه دين فرب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح ان كانت المضاربة معروفة (خاتمة) ذكر في الدر ضمن فروع ما نصه شرى المضارب عبدا وامة فقال أنا أمسكه حتى اجد ربحا كثيرا وأراد المالك بيعه فان في المال ربح اجبر على بيعه

وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك) الى المضارب (ألفا آخر) حتى ينقد المضارب ثمن العبد (ثم وثم) أي ويرجع على رب المال الى ان ينقد ثمن العبد ولو عشر مرات (ورأس المال جميع ما دفع) المالك اليه (معه ألفان فقال) المضارب (دفعت الى ألفا وربحت أنا ألفا وقال) المالك (دفعت) اليك (الفين) مضاربة (فالقول للمضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر ثم رجع وقال القول للمضارب وهو قولهما واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف فالقول للمضارب في قدر رأس المال كما مر في الاختلاف والقول لرب المال فيما شرط له من الربح وأيهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينته ولو ادعى المضارب العموم في كل ما كان وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب وقال زفر لرب المال (معه الف فقال) المضارب (هو مضاربة بالنصف) او قرض والحال ان المضارب (قد ربح الفا وقال المالك) هو (بضاعة) أو وديعة (فالقول للمالك) والبينة بينة المضارب فان قلت ما وجه الفرق بين هذا وبين ما اذا انعكس صورة المسئلة بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة فالبينة هناك بينة رب المال والقول للمضارب قلت وجه الفرق انعكاس العلة لانهما قد اتفقا على ان الاخذ كان بالاذن ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر كذا في الايضاح

لعمله باجرالان يقول للمالك اعطيك رأس المال وحصتك من الربح فيجبر المالك على قبول ذلك الخ فمفهوم قوله فان فى المال ربح الخ انه ان لم يكن ربح لايجبر على البيع الآن بل يمهل وهى حادثة الفتوى

(كتاب الوديعة)

كان القياس ان يقول كتاب الوديع بدون التاء لانه فعيل بمعنى مفعول وفيه يستوى المذكر والمؤنث تقول رجل جريح وامراة جريح وانما عدل عن القياس لانه جعل من عداد الاسماء تدخل عليه التاء كالذبيحة والنطيحة فتكون للنقل لا للتأنيث نوح أفندى (قوله فكانت اكثر وجودا) فيه تأمل اذلا يلزم من كون المضاربة للاسترباح ان تكون أكثر وجودا حموى (قوله ثم الوديعة والايداع فى اللغة الخ) فيه تأمل لان الوديعة كما فى الطلبة المال المتروك عند انسان لحفظه فعيلة من الودع وهو الترك والايداع والاستيداع بمعنى ويقال أودعه أى قبل وديعته وماذكره النحاة من ان العرب أماتوا مصدر يدع رده قاضى زاده بأنه عليه الصلاة والسلام أفصح العرب وقد قال لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أى تركهم اياها حموى والمراد من الختم فى الحديث أى فى قوله عليه السلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أوليختمن على قلوبهم أوليكتبن من الغافلين ان يحدث فى نفوسهم هيبة تمرنهم على عدم نفوذ الحق فيها كذا بخط شيخنا وقوله ليختمن بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضا وقوله ليكتبن بضم الياء التحتية وفتح المثناة من فوق وبضم الباء الموحدة من تحت كذا السماع من شيخنا (قوله وركنها الايجاب) قولا أوفعلا صريحا وكناية والقبول صريحا أودلالة فى حق الحفظ حتى لوقال اعطنى ألف درهم أوالثوب فقال أعطيتك فوديعة كما فى المحيط لانها أدنى من الهبة والادنى متيقن فصار كناية وشمل الايجاب والقبول الفعلى كوضع شئ عند آخر ساكتين الاان يقول لا أقبل لان الدلالة لم توجد وتتم بمجرد الايجاب فى حق الامانة فلوقال لغاصب أودعتك برئ من الضمان قبل أولم يقبل حموى عن المقدسى معزيا للاختيار وفى البحر عن الخلاصة وضع كتابه عند قوم فذهبوا وتركوه ضمنوا اذا ضاع واذا قاموا واحدا بعد واحد ضمن الاخير لانه تعين للحفظ فتعين للضمان انتهى ولووضع ثيابه بمرأى من الثيابى كان ايداعا وان لم يتكلم ولا يكون الحمامى مودعا مادام الثيابى حاضرا فان كان غائبا فالحمامى مودع ولوقال لصاحب الخان أين اربطها فقال هناك كان ايداعا بحر أيضا عن الخانية وفيه عن الخلاصة لبس ثوبا بمرأى من الثيابى فظن الثيابى انه ثوبه فاذا هو ثوب الغير ضمن وهو الاصح فان قلت ماذكره فى البحر عن الخلاصة من انه يضمن وهو الاصح لايلائم مافى البحر أيضا عن الخلاصة من ان اشتراط الضمان على الامين باطل ولهذا لوشرط الضمان على الحمامى ان ضاعت ثيابه كان باطلا وهو اختيار الفقيه أبى الليث وبه يفتى انتهى قلت انما ضمن لانه بتركه السؤال والتفحص يكون مفرطا وانما كان اشتراط الضمان على الامين باطلا لما سبق فى الكفالة من عدم صحتها بالامانة فلو بتسليمها تصح (قوله وشرطها كون المال قابلا الخ) فيه تسامح والمراد اثبات اليد بالفعل وبه عبر الزيلعى ولايكفى قبول الاثبات لان حفظ شئ بدون اثبات اليد عليه محال حموى تبعا للشرنبلالية وجرى عليه بعضهم وأقول ليس المراد من جعل القابلية شرطا عدم اشتراط اثبات اليد بالفعل بل المراد الاحتراز عما لايقبل ذلك بدليل التعليل والتفريع اللذين ذكرهما الشارح فتدبر (قوله وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ) حتى لوأودع صبيا فاستهلكها لم يضمن ولوكان عبدا محجورا ضمن بعد العتق بحر عن المحيط والمراد بالعبد هو البالغ حتى لوكان قاصرا لاضمان عليه أصلا (قوله وحكمها الخ) بقى من حكمها وجوب الاداء عند الطلب واستحباب قبولها كما فى البحر وسببها تعلق البقاء المقدر بتعاطيها من حيث التعاضد ومن محاسنها بذل منافع بدنه وماله فى اعانة عباد الله واستيجابه الاجر والثناء (قوله وفى الشرع الايداع)

(كتاب الوديعة)
هى أمانة تركت للحفظ والمضاربة للاسترباح فكانت اكثر وجودا من الوديعة فلهذا اخرت عنها ثم الوديعة والايداع فى اللغة تسليط الغير على الحفظ أى شئ كان مالا أوغيره يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه للحفظ فأنا مودع ومستودع بالكسر فيهما وزيد مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لواودعه الآبق أوالمال الساقط فى البحر لايصح وكون المودع مكلفا شرط لوجوب لحفظ عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانة عنده وفى الشرع (الايداع

عطف على قوله فى اللغة أى الوديعة فى الشرع الايداع قال الحفيد فى حواشى صدر الشريعة مجئ الوديعة بمعنى المصدر لا يظهر شرعا ولا لغة انتهى قال العلامة المقدسى ولعلهم استعملوها أى الوديعة اسما للايداع تسمية للفعل أى الايداع بالمفعول أى الوديعة كقوله ان تجنب المرء مضطجعا أى اضطجاعا فسمى الاضطجاع باسم المفعول الذى هو المضطجع لان المقصود البحث عن فعل المكلف كعكسه وهو تسمية المفعول باسم فعله كما فى هذا خلق الله فلهذا عرفت بتعريفين أحدهما بمعنى الايداع والثانى بمعناها الاصلى انتهى ومنه يستفاد الجواب عما بحثه الحفيد حموى مع زيادة ايضاح لشيخنا (قوله تسليط الغير) أى صريحا أو دلالة بان انفتق زق رجل فأخذه رجل ثم تركه ولم يكن المالك حاضرا يضمن لانه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالة ولو لم يأخذه لا يضمن وان كان المالك حاضرا لا يضمن فى الوجهين بحر عن المحيط بقى ان يقال قوله تسليط الغير الخ ليس خبرا عن الايداع المذكور فى المتن بل هو خبر مبتدا محذوف والتقدير وهو أى الايداع تسليط الغير الخ دل على ذلك ما قدمه الحموى حيث قال أى الوديعة فى الشرع الايداع وبنى عليه ما ذكره من اعتراض الحفيد فتنبه (قوله وهى أمانة) من حمل العام على الخاص وهو جائز كالانسان حيوان بخلاف عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحقاق صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد حموى قال ولقاضى زاده فى التكملة كلام يتعلق بهذا المحل فليراجع انتهى (قوله الا ان الفرق بينهما الخ) قال فى البحر والفرق بين الوديعة والامانة من وجهين أحدهما ان الوديعة خاص بما ذكرنا والامانة خاصة بما لو وقع فى يده شئ من غير قصده بان هبت الريح بثوب انسان وألقته فى حجر غيره وحكمهما مختلف فى بعض الصور لان فى الوديعة يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفى الامانة لا يبرأ عن الضمان بعد الخلاف الثانى ان الامانة عام لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التى لا ضمان فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته فى يد الموصى له والوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين واختاره صاحب النهاية ونقل الاول عن الكردى وفى الصحاح وحجر الانسان بالفتح والكسر والجمع الحجور (قوله والامانة عامة) فانها قد تكون بغير عقد فعلى هذا يكون بينهما العموم والخصوص وهذا الفرق الذى ذكره الشارح موافق للفرق الثانى الذى عزاه فى البحر الى النهاية وأما على ما ذكره فى البحر أولا وعزاه الى الكردرى فيكون بينهما التباين (قوله فلا يضمن المودع بالهلاك) الا اذا كانت الوديعة بأجر درر عن الاشباه معزيا للزيلعى (قوله مطلقا) سواء هلكت بما يمكن التحرز عنه أم لا وسواء هلكت وحدها بدون هلاك مال المودع أولا وكذا لا يضمن اذا سرقت لقوله عليه السلام ليس على المودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والاغلال الخيانة الا ان يموت المودع مجهلا لم يبين حال الوديعة فانه يكون حينئذ متعديا فيضمن كذا كل أمين مات مجهلا يضمن الا متوليا أخذ الغلة ومات مجهلا وسلطانا اودع بعض الغانمين ومات مجهلا بلا بيان المودع وقاضيا أودع مال اليتيم ومات مجهلا درر وقوله الا متوليا الخ يعنى العدل كذا قيده فى شرح المنظومة لابن الشحنة وبزاد ما فى الاشباه وهى سبعة أحد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذى فى يده والوصى اذا مات مجهلا والاب اذا مات مجهلا مال ابنه والوارث اذا مات مجهلا ما اودع عند مورثه ومن مات مجهلا ما ألقته الريح فى بيته ومن مات مجهلا ما وضعه مالكه فى بيته بغير علمه والصبى المحجور اذا مات مجهلا لما أودع عنده قال فصار المستثنى عشرة وزاد عليها فى الشرنبلالية تسعة الجد ووصيه ووصى القاضى والمحجور لصغر ورق وجنون وغفلة ودين وسفه وعته لكن القول بان الاب لا يضمن ضعفه العمادى الخ واعلم ان ما ذكره فى الدرر من ان القاضى اذا أودع مال اليتيم ومات مجهلا لا يضمن يشير الى ان ما فى الشرنبلالية عن العمادى من انه اذا وضع اموال اليتامى فى بيته ومات ولا يدرى أين المال يضمن بموته مجهلا ويخالفه ما فى الشرنبلالية عن قاضيخان بالعز والى ابن رستم من أنه لا ضمان عليه انتهى واعلم ان التقييد بالغلة فى جانب المتولى للاحتراز عن البدل ولهذا قال فى الدرر ولو مات الناظر

تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما تترك عند الامين وهى (أمانة) الا أن الفرق بينهما ان الوديعة خاصة والامانة عامة (فلا يضمن) المودع (بالهلاك) مطلقا

مجهلا

مجهلا لثمن الارض المستبدلة فانه يضمن قال فلعين الوقف بالاولى كالدراهم الموقوفة على القول بجوازه قاله المصنف وأقره ابنه فى الزواهر وقيد موته مجهلا بالفجاءة فلو بمرض ونحوه ضمن لتمكنه من بيانها ثم اعلم ان ماسبق عن الاشباه حيث استثنى أحد المتفاوضين اذا مات مجهلا واقره فى الشرنبلالية خلاف المعتمد ولهذا قال فى الدر وليس منها مسئلة أحد المتفاوضين على المعتمد لما نقله المصنف هنا وفى الشركة عن وقف الخانية ان الصواب ان يضمن نصيب شريكه بموته مجهلا وخلافه غلط واعلم ان فى استثناء الصبى المحجور نظرا لانه لا يجب عليه الحفظ ولذا لا يجب عليه الضمان باستهلاك الوديعة كما سبق وليس المراد من التجهيل عدم بيان حال الامانة مطلقا سواء كان الوارث يعلم حالها ام لا كما يتوهم من كلام بعضهم بل بقيد ان لا يكون للوارث علم بحالها ولهذا قال فى الاشباه ومعنى موته مجهلا ان لا يبين حال الامانة وكان يعلم ان وارثه لا يعلمها فان بينها وقال فى حياته رددتها فلا تجهيل ان برهن الوارث على مقالته والا لم يقبل قوله وان كان يعلم ان وارثه يعلمها فلا تجهيل الخ فلو قال الوارث أنا علمتها وانكر الطالب ان فسرها وقال هى كذا وأنا علمتها وهلكت صدق در (قوله وبعياله) يعنى الامناء فيضمن بالدفع الى المتهم شرنبلالية عن الخانية وقال فى الخلاصة لمن فى عياله ان يدفع الى من فى عياله ولو نهاه عن الدفع الى بعض من فى عياله فدفع ان لم يجد بدا من الدفع لا يضمن والا ضمن قال وظاهر المتون ان كون الغير فى عياله شرط واختاره فى الخلاصة وقال والابوان كالاجنبى حتى يشترط كونهما فى عياله واختار صاحب النهاية تبعا لغيره عدم الاشتراط قال وعليه الفتوى حتى يجوز الدفع الى وكيله او أمين من امنائه وليس فى عياله اوشريكه مفاوضة اوعنانا بحر واختلف فيما لو دفع الى من فى عياله صاحب الوديعة شرنبلالية عن الخانية وفى الذخيرة ترجيح رواية الضمان حموى عن حواشى صدر الشريعة للحفيد (قوله من زوجته) يعنى الامينة فلو غير أمينة وهو عالم بذلك ضمن بحر عن الخلاصة والنهاية (قوله اوولده او والديه) اعلم ان التعبير بالولد والوالدين اولى مما وقع فى الدرر حيث قال ووالده ووالدته لانه لا يعلم منه حكم جواز الحفظ بالولد فالموافق للكتب ماذكره الشارح ولقد بالغ عزمى زاده حيث ادعى ان مافى الدرر غير صواب لما يلزم عليه من خروج الابن من هذا الحكم وهو غير صحيح رواية ودراية (قوله أو أجيره) يعنى الاجير مسانهة أو مشاهرة كما فى البرهان وقيد الزيلعى الاجير مشاهرة بان تكون نفقته عليه واستشكله فى الشرنبلالية بما قدمه الزيلعى من ان المعتبر فيه المساكنة لا النفقة (قوله والعبرة فى هذا الباب للمساكنة) أى ولو حكما فلو دفعها لولده المميز وزوجته ولا يسكن معهما ولا ينفق عليهما لم يضمن درعن الخلاصة فان قلت تفسير العيال بمن يسكن معه حقيقة أو حكما مخالف لما فى الاسعاف والزيلعى من كتاب الحج حيث قال ولو قال على عيالى يدخل فيه كل من كان فى نفقته وان لم يكن ذا رحم محرم منه قلت لا تخالف لان ماهنا بالنسبة لحفظ الوديعة وماهناك بالنسبة للوقف ونحوه كالارصاد فان قلت ما المراد بالمساكنة حكما قلت جوابه يعلم من قوله فى الدر فلو دفعها لولده المميز وزوجته فان الزوجة وان كانت فى مسكن آخر الا انها فى الحكم كأنها فى مسكن زوجها (قوله فان حفظها بغيرهم ضمن) اى بغير من فى عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع فى حرز غيره من غير استئجار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع فى الحرز وضع فى يد من فى يده الحرز فيكون كالتسليم اليه زيلعى ولو اودع بلا اذن ثم أجاز المالك خرج الاول من البين والرد الى عيال المالك كالرد الى المالك فلا يكون ايداعا بخلاف الغاصب اذا رد الى من فى عيال المالك فانه لا يبرأ وفى الخلاصة اذا رد الوديعة الى منزل المودع او الى من فى عياله فضاعت لا يضمن وفى رواية القدورى يضمن بخلاف العارية قال فى البحر والفتوى على الاول (قوله وأودعها عند غيرهم) الواو فى كلام الشارح تفسيرية حموى (قوله فيسلمها الى جاره الخ) فلو ادعى الدفع الى جاره او فلك آخر صدق ان علم وقوعه يعنى الغرق أو الحرق والا لا يصدق

وقال مالك ان سرقت الوديعة عند المودع ولم يسرق معها مال آخر للمودع يضمن (وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله) من زوجته او ولده او والديه أو اجيره والعبرة فى هذا الباب للساكنة لا للنفقة حتى لو دفعت وديعتها الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن فى نفقته يخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والتلميذ الخاص والاجير الذى استأجره مشاهرة او مسانهة دون المياومة فهو من فى عياله اما الاجير بعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن بالدفع (فان حفظها بغيرهم) واودعها عند غيرهم (ضمن الا ان يخاف الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك آخر) اى يضمن الا ان يقع فى داره حريق غالب يخاف على الوديعة فسلمها الى جاره او يكون فى فلك يخاف الغرق فالقاها الى سفينة أخرى فحينئذ لا يضمن

مطلقا قيل هذا اذا أحاط الحريق بمنزل المودع وان لم يحط بمنزله يضمن ولا يصدق على العذر حتى يقيم البينة ذكر شمس الائمة الحلوانى لو دفعها الى جاره مع امكان الدفع الى بعض ما فى عياله يضمن والا فلا الغرق بفتحتين مصدر غرق فى الماء من باب لبس فهو غريق والحرق بالسكون من النار والتحريك من القصار كذا فى المغرب

(فان) اودع ثم (طلبها ربها فحبسها) المودع حال كونه (قادرا على تسليمها وخلطها) المودع (بماله حتى لا تتميز) بأن خلطها بجنسها كاللبن باللبن والحنطة بالحنطة (ضمنها) فى المسئلتين وانما قيد فى الاول بقوله قادرا لانه لو كانت بعيدة من المودع لا يقدر على دفعها لضيق الوقت أو غيره فلا ضمان عليه ويكون القول قوله كذا فى الخانية واعلم ان الخلط على أربعة أوجه خلط بطريق المجاورة مع تيسر التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وانه لا يقطع حق المالك بالاجماع وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند أبى حنيفة وفى الاستحسان لا يصير وخلط الجنس بخلافه ممازجة كخلط الخل بالشيرج وهو دهن السمسم أو الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة أو مجاورة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز ممازجة أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن او الحنطة بالحنطة أو الشعير بالشعير أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود فعند أبى حنيفة هو استهلاك مطلقا لا سبيل لصاحبه الا تضمين المودع مثله او قيمته وصار المخلوط ملكا للخالط وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله وان شاء شاركه فى المخلوط بقدر دراهمه بالمامور

(وان اختلط) الوديعة بماله (بلا فعله) كما اذا انشق الكيس فى صندوقه فاختلط بدراهمه (اشتركا) أى المودع والمودع فى المخلوط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما دراهم ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل منهما ولكن (لو انفق) المودع (بعضها فرد) المودع (مثله) أى مثل ما انفق (وخلطه بالباقى) من الوديعة (ضمن الكل وان تعدى) المودع (فيها) بأن كانت الوديعة دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه او اودعه غيره (ثم ازال التعدى) ورد الى يده على ما كان (زال الضمان) الواجب بالتعدى

الا ببينة فحصل بين كلامى الخلاصة والبداية التوفيق در والظاهر ان المراد من قوله صدق أى بيمينه (قوله مطلقا) اى سواء احاط الحريق بمنزل المودع ام لا (قوله قيل هذا اذا احاط الحريق الخ) ظاهر التعبير بقيل انه مرجوح وليس كذلك ولهذا جزم به فى التنوير وشرحه من غير ذكر خلاف (قوله ولا يصدق على العذر حتى يقيم البينة) أى لا يصدق على الدفع الى جاره او فلك آخر الا اذا اقام البينة على الغرق او الحرق يعنى وكان الغرق او الحرق غير معلوم الوقوع كما سبق عن الدر (قوله لو دفعها الى جاره مع امكان الدفع الخ) لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو القاها فى سفينة أخرى فوقعت فى البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله شرنبلالية عن التبيين (قوله كذا فى المغرب) عبارته الحرق اذا كان من النار فهو بسكون الراء وان كان من دق القصار فهو محرك وروى السكون كذا بخط شيخنا (قوله ثم طلبها ربها) بنفسه ولو حكما كوكيله بخلاف رسوله ولو بعلامة منه على الظاهر در (قوله أو خلطها) قيد بكون المودع خلطها لان الخالط لو كان اجنبيا ومن فى عياله لا يضمن المودع والضمان على الخالط صغيرا او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله بحر عن الخلاصة قال وان خلطها باذنه كان شريكا له اه (قوله بان خلطها بجنسه الخ) فيه قصر للمتن على بعض ما تناوله لان قوله أو خلطها بماله حتى لا تتميز شامل لما اذا خلط الجنس بغير جنسه كالخل بالزيت لانه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع كما سيذكره الشارح فالمدار فى الضمان على عدم التمييز (قوله ضمنها فى المسئلتين) اما فى الاولى فلانه ظالم بالمنع حتى لو لم يكن بالمنع ظالما لا يضمن كما لو كانت الوديعة سيفا فاراد صاحبه ان يأخذه ليضرب به ظلما فانه لا يدفعه لئلا يكون معينا على الظلم ولو اودعت كتابا فيه اقرار منها للزوج بمال او بقبض مهرها من الزوج فللمودع ان لا يدفع الكتاب لئلا يذهب حق الزوج تنوير وشرحه وأما فى الثانية فلانه صار مستهلكا لها (قوله لو كانت بعيدة الخ) لعله بعيدة كما يدل عليه آخر كلامه حموى (قوله وذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان) فى الصحيح زيلعى (قوله كخلط دهن اللوز الى قوله باللبن) تمثيل لخلط الجنس بالجنس ممازجة وقوله أو الحنطة الى قوله بالسود تمثيل للخلط بالجنس مجاورة ففى كلامه لف ونشر مرتب (قوله وصار المخلوط ملكا للخالط) ولا يباح له قبل أداء الضمان ولا سبيل للمالك عليها عند أبى حنيفة ولو أبرأه سقط حقه من العين والدين بحر (قوله وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار الخ) لانه يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين ان يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيخير وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا زيلعى (قوله اشتركا) لان الضمان لا يجب الا بالتعدى ولم يوجد فيشتركان شركة املاك عينى (قوله ولكن لو انفق الخ) لا وجه لهذا الاستدراك وفى بعض نسخ الدرر بحذفه وهو الوجه قال شيخنا ثم رأيت السيد الحموى قال لا وجه لهذا الاستدراك (قوله ضمن الكل) لخلطه ماله بمالها هذا اذا لم يمكن التمييز فان امكن لم يضمن الا ما انفق كما لو انفق ولم يرد او اودع وديعتين فانفق احداهما درر عن المجتبى (قوله ثم ازال التعدى الخ) يعنى وصدقه المالك فان كذبه لا يبرأ عن الضمان الا ان يقيم البينة حموى عن العمادى (قوله زال الضمان) لانه مأمور بالحفظ فى كل الاوقات فاذا خالف فى البعض ثم رجع الى

بالمأمور به كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ الباقي استحق الاجر بقدره بحر ثم ذكر ان الضمان انما يزول بشرط ان لا يعزم على العود الى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا ومن عزمه لبسه نهارا ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان انتهى معزيا للظهيرية قال العلامة الحموى ومعنى زال الضمان انه كانت الوديعة بحيث لو هلكت ضمنت فزال هذا المعنى (قوله وقال الشافعي الخ) لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالمجحود زيلعي (قوله بخلاف المستعير الخ) لان البراءة منه انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما لانفسهما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ زيلعي وكالمودع الوكيل ببيع او حفظ او اجارة او استئجار والمضارب والمستبضع وشريك عنان او مفاوضة ومستعير الرهن والحاصل ان الامين اذا تعدى ثم أزاله لا يزول الضمان الا في هذه العشرة لان يده كيد المالك ولو كذبه في عوده الى الوفاق فالقول له وقيل للمودع در عن الاشباه والعمادية وقوله والمضارب والمستبضع الخ معطوف على الوكيل من قوله وكالمودع الوكيل وقوله ومستعير الرهن يعني اذا استعار عبدا ليرهنه او دابة فاستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قبض المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن لا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما وانما كان مستعير الرهن كالمودع لان تسليمه الى المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما كما في البحر واعلم ان ما ذكره المصنف من قوله بخلاف المستعير والمستأجر هو المفتى به كما في الشرنبلالية احترز به عما ذكره في الدر رمن ان منهم من قال المستعير والمستأجر كالمودع اذا خالفوا ثم عادوا الى الوفاق برئوا عن الضمان اذا كانت مدة الايداع والاعارة باقية الخ (فـرع) استأجر رجلا ليحمل له شيئا له مؤنة الى بغداد الى رجل فوجد ذلك الرجل غائبا فترك الحمولة على يد عدل ليوصله الى ذلك الرجل يجب ان لا يضمن منية المفتى (قوله وبخلاف اقراره بعد جحوده) بان قال لم تودعني أصلا أو قال ليس له على شئ ثم ادعى ردا أو تلفا صدق شرنبلالية عن جامع الفصولين (قوله بعد ما جحدها) بان قال لم يودعني عند مالكها بعد طلب ردها ونقلها من مكانها وقت الانكار وكانت منقولا ولم يكن هناك من يخاف منه عليها ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها لان الجحود رفع للعقد فلا يعود الا بعقد جديد قيدنا بكونه أنكر الايداع لانه لو ادعى ان المالك وهبها منه أو باعها له وأنكر صاحبها ثم هلكت لم يضمن وبكونه بعد الطلب لانه لو قال له ما حال وديعتي عندك فجحدها لم يضمن وبكونه نقلها لانه لو لم ينقلها من مكانها حال الجحود فهلكت لم يضمن وبكونها منقولا لانها لو كانت عقارا لا يضمن بالجحود خلافا لمحمد وبكونه لم يحضرها بعد الجحود لانه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها دعها وديعة فان امكنه أخذها لم يضمن والا ضمنها لانه لم يتم الرد ولو جحدها ثم ادعى ردها وأقام البينة قبلت كما لو برهن انه ردها قبل الجحود وقال غلطت في الجحود ونسيت ولو ادعى هلاكها قبل جحوده حلف المالك ما تعلم ذلك فان حلف ضمن وان نكل برئ بخلاف مضارب جحد ثم اشترى لم يضمن تنوير وشرحه عن الخلاصة والاختيار والعمادية والخانية وأقول ما ذكره من اشتراط نقلها من مكانها وان مشى عليه في التنوير تبعا لما في الخلاصة وعزاه في الشرنبلالية الى الناطفي مخالف لما في الشرنبلالية أيضا عن جامع الفصولين ونصه جحدها والعارية ضمن ولو لم يحول (تتمة) اذا ضمن المودع بالجحود تعتبر قيمتها يوم الايداع لا يوم الجحود بحر عن الخلاصة وتعقبه العلامة المقدسي بان الذي في الخلاصة يقضي عليه بقيمته يوم الجحود وان قالوا لا نعلم قيمته يوم الجحود ولكن علمنا قيمته يوم الايداع وهي كذا قضى عليه بقيمته يوم الايداع حموى (قوله وعند زفر يضمن) لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا انما يكون اتلافا اذا أراد تملكها ومراده هنا حفظها زيلعي (قوله وله ان

وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان
(بخلاف المستعير والمستأجر) يعني
اذا تعدى في المستعار والمستأجر بان
استعار ثوبا ليلبسه يوما فلبسه يومين
ونزعه للتسليم أو استأجر الدابة لتركبها
أياما معدودة أو ليحمل عليها أمتعة
معلومة فركبها أو حملها أكثر منها ثم
ردها كما كانت لم يبرأ خلافا لزفر رحمه
الله فيهما (و) بخلاف (اقراره بعد
جحوده) أي يضمن المودع باقراره
بالوديعة بعد ما جحدها ولو جحدها
عن غير صاحبها بان قال اجنبي
أعندك وديعة لفلان فقال لا لا يضمن
وعند زفر يضمن (وله أن يسافر بها)
مطلقا

سواء كان لها حمل ومؤنة اولا (عند عدم النهى والخوف) وان نهى عن السفر بها فسافر ضمن بالاتفاق وقيد بقوله عند عدم الخوف لانه لو كان الطريق مخوفا وله بد من السفر ضمن بالاتفاق هذا عند أبى حنيفة وعندهما ليس له السفر بها اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعى ليس له ذلك فى الوجهين واعلم ان اطلاق قوله له ان يسافر يدل على انه لا فرق بين السفر الطويل والقصير وذكر فى الجامع الصغير الخانى والذخيرة قال أبو حنيفة رحمه الله له أن يسافر مطلقا وقال محمد رحمه الله لا يسافر مطلقا وقال أبو يوسف له أن يسافر بها سفرا قصيرا لا سفرا طويلا وهذا الخلاف فيما اذا امكنه الحفظ فى المصر بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج الى نقلهم أما لو لم يمكنه بأن لم يكن أو كان ولكن احتاج الى نقلهم لا يضمن بالاجماع (ولوا ودعا شيئا) وديعة عند رجل فحضر أحدهما وطلب نصيبه (لم يدفع) المودع (الى أحدهما حظه حتى يحضر الآخر) عند أبى حنيفة ولو فعل ضمن نصفه وعندهما يدفع اليه نصيبه ولا يضمن والخلاف فى المكيل والموزون وفى الذخيرة ذكر الخلاف فى الثياب والدواب أيضا وكذا فى الكافى والصحيح ان الخلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وفيما عداهما من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه بالاجماع (وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم) كالمكيلات والموزونات والثياب وكذا كل ما لا يتعيب بالتقسيم

يسافر بها) أى فى البر قال العينى وأجمعوا على انه لو سافر بها فى البحر يضمن (قوله سواء كان لها حمل ومؤنة أولا) واستثنى فى شرح القدورى الطعام الكثير فانه يضمن اذا سافر به استحسانا بحر وفيه عن قاضيخان للمودع ان يسافر بمال الوديعة اذا لم يكن له حمل ومؤنة وتعقبه الحموى بان ما فى الخانية من اشتراط عدم الحمل والمؤنة مبنى على قولهما أما على قول أبى حنيفة فيسافر بها مطلقا عند عدم النهى (قوله عند عدم النهى) لان الامر مطلق فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان بحر (قوله لو كان الطريق مخوفا) ومن المخوف السفر بها فى البحر لان الغالب فيه العطب بحر عن الاختيار وتعقبه الحموى نقلا عن المقدسى فقال يخالف هذا الاطلاق قولهم فى الحج يجب اذا كان الغالب السلامة ولو بحرا انتهى وأجيب بأن التقييد مستفاد من تعليله (قوله وله بد من السفر) فيه ان التقييد بهذا القيد لا يخص خوف الطريق خلافا لما يتوهم من سياق كلام الشارح فلو جعله قيدا فى كل من خوف الطريق ونهيه عن السفر كما فى الشرنبلالية عن التبيين لكان أولى واعلم ان التقييد به للاحتراز عما اذا لم يكن له بد من السفر بأن احتاج الى نقل عياله وسافر بهم فانه لا يضمن كما سيأتى التنصيص عليه فى كلام الشارح واستفيد منه انه ان سافر بنفسه يعنى من غير عياله يضمن وبه صرح فى البحر عن الخانية (قوله هذا عند أبى حنيفة) أى جواز السفر مطلقا ولو كان لها حمل ومؤنة فاسم الاشارة راجع للاطلاق السابق (قوله وعندهما ليس له الخ) ينبغى ان يحمل ما ذكره الشارح من منعه عن السفر بما له حمل ومؤنة عندهما على ما اذا طالت مدة السفر فلا ينافى ما سيذكره من قوله وقال أبو يوسف له ان يسافر بها سفرا قصيرا الخ (قوله اذا كان له حمل ومؤنة) لانه يلزمه مؤنة الرد والظاهر انه لا يرضى به زيلعى (قوله ليس له ذلك فى الوجهين) لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ فى الامصار قلنا المفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصى فى مال الصبى زيلعى (قوله وقال محمد لا يسافر مطلقا) معنى الاطلاق عدم الفرق عنده بين السفر الطويل والقصير كما يدل عليه سياق كلامه وليس الاطلاق شاملا لما ليس له حمل ومؤنة ولهذا قال العينى وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة والحاصل ان الخلاف فى خصوص ما له حمل ومؤنة اما ما ليس له حمل ولا مؤنة فله السفر به اتفاقا عند عدم النهى والخوف وكذا مع النهى والخوف أيضا ان لم يكن له من السفر بد كما سبق (قوله بأن كان بعض عياله ثمة ولم يحتج الى نقلهم) مقتضاه انه اذا ترك الوديعة فى داره فسافر ولم يكن بعض عياله فيها يضمن وانه حينئذ لا يعتبر الحفظ بالمكان لاقتضائه التصور بذلك قال شيخنا وليس كذلك ففى البحر عن الخلاصة مودع غاب عن بيته ودفع مفتاح البيت الى غيره فلما رجع الى بيته لم يجد الوديعة لا يضمن وبدفع المفتاح الى غيره لم يجعل البيت فى يد غيره وذكر قبل هذا معزيا للبحر أيضا ان الوضع فى حرز غيره من غير استئجار له ايداع حتى يضمن به انتهى (قوله لم يدفع الى أحدهما حظه الخ) فيه اشارة الى انه لا يجوز له الدفع حتى لو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه فى قول أبى حنيفة والى انه لو دفع اليه لا يكون قسمة حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ والى ان لا احدهما ان يأخذ حصته منها اذا ظفر بها والى انه لو دفع وارتكب الممنوع لا يضمن وفى فتاوى قاضيخان ما يفيده ولفظه ثلاثة أودعوا رجلا وقالوا لا تدفع المال الى أحد منا حتى نجتمع فدفع نصيب أحدهم قال محمد فى القياس يضمن وبه قال أبو حنيفة وفى الاستحسان لا يضمن وهو قول أبى يوسف فقد جعل عدم الضمان هو الاستحسان فكان هو المختار بحر وتعقبه المقدسى فقال كيف يكون هو المختار مع ان سائر المتون على قول الامام وقال الشيخ قاسم اختار النسفى قول الامام والمحبوبى وصدر الشريعة وقال المقدسى وقول بعضهم عدم الضمان هو المختار مستدلا بكونه الاستحسان مخالف لما عليه الائمة الاعيان بل غالب المتون عليه متفقون حموى (قوله وعندهما يدفع الخ) قياسا على الدين المشترك وفرق الامام بينهما بان المودع لا يملك القسمة بينهما فكان تعديا على ملك الغير وفى الدين يطالب بحقه اذ الديون تقضى بامثالها فكان تصرفا فى مال

نفسه ومن مناقب الامام ان اثنين اودعا الحمامى شيئا فخرج أحدهما وأخذ الوديعة وانصرف فخرج الآخر وطالبها منه فلم يخبره الحمامى واستمهله وانطلق الى الامام رضى الله عنه فأخبره فقال له قل له انا لا أعطى الوديعة الا لكما معا فانصرف ولم يعد زيلعى (تتمة) لغريم المديون ان يأخذ وديعته ان ظفر بها وليس للمودع الدفع اليه شيخنا واذا مات المودع بلا وارث كان للمودع صرفها الى نفسه ان كان من المصارف والا صرفها الى المصرف حموى عن البزازية (قوله اقتسماه الخ) اعلم ان مذهب الامام هو الاقيس لانه انما رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما كمرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء فيضمن أحدهما اذا سلم الكل الى الآخر بدون رضا المالك زيلعى ودر وليس المراد من قوله فيضمن أحدهما اذا سلم الكل الخ انه يضمن الكل بل النصف (قوله لا القابض) لان مودع المودع لا يضمن عنده زيلعى (قوله وقالا لا يضمنان به) لان لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر فى الوجهين زيلعى (قوله جاز أن يحفظه باذن الآخر) لان المالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل عينى لانهما لا يمكن القسمة فيما لا يقسم وكذا لهما التهايؤ فى الحفظ خلاصة قال الحموى فلو دفعه زائدا على زمن التهايؤ ينظر (قوله فدفعها الى من لا بد له منه) كدفع الدابة الى عبده وما تحفظه النساء الى عرسه درر (قوله لم يضمن) لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن متعديا هذا اذا كانت الوديعة مما تحفظ فى يد من منعه حتى لو كانت فرسا فمنعه من دفعها الى امرأته أو عقد جوهر فمنعه من دفعه الى غلامه ودفع ضمن زيلعى ومن حوادث الفتوى شرط على المودع الحفظ بنفسه فحفظ بزوجته هل يضمن للمخالفة أولا والذى يظهر من كلامهم عدم الضمان حموى وأقول ينبغى ان يقيد عدم الضمان بالدفع الى الزوجة بما اذا كانت الوديعة نحو عقد فلو كانت نحو فرس ضمن (قوله او حفظها فى بيت آخر) مساوله فى الحفظ فلو فيه خلل ضمن وكذا لو كان ظهر البيت على السكة بحر (قوله وان كان له منه بد) هذه المسئلة صادقة بصورتين الاولى ان تكون الوديعة شيئا خفيفا يمكن المودع الحفظ بنفسه كالخاتم فانه يضمن بدفعه الى عياله الثانية أن يكون له عيال سوى من منعه من الدفع اليه بحر فان قلت هذا انما يتجه ان لو منعه من الدفع الى بعض معين من عياله وهو خلاف ما يستفاد من قول المصنف ولو قال لا تدفع الى عيالك قلت مبنى هذا الاشكال ما هو المتبادر من ان قوله وان كان له منه بد مرتبط بقوله ولو قال لا تدفع الى عيالك وليس كذلك ولذا شرح العينى قول المصنف وان كان له منه بد بقوله بأن نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه انتهى (قوله أى المودع) تفسير للضمير فى له وهذا على ما وقع فى بعض النسخ أى من الدفع وعلى هذه النسخة لا وجه لذكر من بعد اى فلهذا ضرب عليها شيخنا بالقلم وقال فى بعض النسخ اى من الدفع وعلى هذه النسخة تبقى لفظة من فى محلها ويكون هذا بيانا للجار مع مرجع الضمير المجرور فى منه (قوله او حفظها فى دار أخرى) هذا محمول على ما اذا لم تكن الدار الاخرى مثلها أما لو كانت مثلها او احرز منها لا يضمن بحر عن الخلاصة (قوله ومودع الغاصب ضامن) لانه قبض بلا اذن المالك كذا غاصب الغاصب والمشترى من الغاصب زيلعى (قوله وذكر أبو اليسر الخ) استظهر فى الدر انه يرجع وان علم كما فى الدرر خلافا للقهستانى والباقانى والبرجندى وغيرهم لكونه عاملا للغاصب (قوله وعندهما له أن يضمن أيهما شاء) لان الاول جنى بالتسليم الى الثانى بغير اذن المالك والثانى تعدى بالقبض بلا اذنه فيميل المالك الى أيهما شاء وللامام ان الاول لا يضمن بالدفع الى الثانى ما لم يفارقه لان حفظه لا يفوت ما دام فى مجلسه والمالك انما رضى بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فاذا فارق الاول الثانى ضمن لانه صار مضيعا والثانى امين استمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه تعد ولم يكن متعديا من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعديا من غير احداث فعل زيلعى بخلاف مودع الغاصب فان قبضه وقع تعديا من الابتداء (قوله لم يرجع على الثانى) لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه (قوله رجع على

(اقتسماه وحفظ كل) واحد منهما (نصفه ولو دفع أحدهما) كله أى كل ما فى يده (الى الآخر) فضاع عنده (ضمن) الدافع لا القابض عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنان به (بخلاف ما لا يقسم) أى ان كانت الوديعة مما لا يقسم كالعبد والثوب الواحد وكل ما يتعيب بتقسيم جاز ان يحفظ باذن الآخر فلو دفع الى الآخر ثم ضاع لا يضمن (ولو قال) المودع له (لا تدفع الوديعة (الى عيالك او) قال (احفظ فى هذا) البيت (فدفعها الى من لا بد له منه أوحفظها فى بيت آخر من الدار) التى كلا البيتين فى تلك الدار (لم يضمن) الدافع (وان كان له منه) أى من الدفع (بدا وحفظها فى دار أخرى ضمن ومودع الغاصب ضامن) حتى لو غصب رجل شيئا فأودع عند رجل فهلك عنده ضمن والمالك مخير ان شاء ضمن المودع وان شاء ضمن الغاصب وذكر أبو اليسر رحمه الله ان لم يعلم ان المودع غاصب يرجع عليه بعد التضمين وان علم لا يرجع وكذا اشار اليه السرخسى رحمه الله (لا مودع المودع) اى لا يضمن مودع المودع بأن اودع عند رجل وديعة فاودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول دون الثانى عند أبى حنيفة وعندهما له ان يضمن أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الثانى وان ضمن الثانى رجع على الاول (معه الف ادعى رجلان) كل واحد منهما (انه له اودعه اياه) فانكر وليس لهما بينة

الاول) لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولو قال المالك هلكت عند الثاني وقال بل ردها وهلكت عندي لم يصدق وفي الغصب منه يصدق لانه أمين در وفيه عن المجتبى القصار اذا غلط فدفع ثوب رجل الى غيره فقطعه فكلاهما ضامن وعن محمد أصاب الوديعة شئ فأمر المودع رجلا ليعالجها فعطبت من ذلك فلربها تضمين من شاء لكن ان ضمن المعالج رجع على الاول ان لم يعلم انها لغيره والا لم يرجع انتهى (قوله ثم عرض اليمين عليه) يشير الى ان المودع يحلف اذا أنكر الايداع كما يحلف اذا ادعى ردها أوهلاكها لما لنفي التهمة أولانكاره الضمان ولو حلف لا يثبت الرد بيمينه حتى لا يضمن الوصي لو ادعى الرد عليه وحلف حموي عن المبسوط يعني اذا كانت الوديعة لصبي اودعها وصيه فادعى المودع الرد على الوصي وأنكر الوصي الرد فاستحلف المودع فحلف برئ لكن لا ضمان على الوصي (قوله فنكل لهما) ولايهما بدأ القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية والاولى عند النزاع ان يقرع بينهما تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل زيلعي ونكل من باب دخل يقال نكل عن العدو وعن اليمين أي جبن وقال أبو عبيد نكل بالكسر لغة فيه وأنكرها الاصمعي مختار صحاح (قوله فالالف لهما) لانه اوجب الحق لكل منهما عليه ببذله أواقراره وعليه ألف آخر لان نكوله اوجب لكل منهما كل الالف فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذاك ونصف نصيب ذاك الى هذا فيغرم ذلك درر (قوله ان لا يقضي بالنكول الخ) لينكشف وجه القضاء هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء كالبينة زيلعي وفي التحليف للثاني يقول بالله ماهذه العين له ولا قيمتها الا انه لما أقر بها للاول ثبت الحق فيها له فلا يفيد اقراره بها للثاني فلو اقتصر على الاول لكان صادقا بحر (قوله لا ينفذ قضاؤه) وقال الخصاف ينفذ لانه محل مجتهد فيه ووضع الخصاف المسئلة في العبد دون النقد ولا فرق بينهما الا ان النقود تتعين في الودائع والغصوب زيلعي

(كتاب العارية)

بالتشديد وتخفف در وشرطها شرط سائر التبرعات من الحرية والعقل والبلوغ كذا قالوا لكن نقل الحموي عن الخانية التصريح بان الصبي المأذون اذا أعار ماله صحت الاعارة ومحاسنها النيابة عن الله في اجابة المضطر لانها لا تكون الا لمحتاج كالقرض فلهذا كانت الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر ومشروعيتها بالكتاب قال تعالى ويمنعون الماعون فانه تعالى ذم على منع الماعون الذي هو عدم اعارته فتكون اعارته محمودة وبالسنة وهي ما روى البخاري من انه عليه السلام استعار من أبي طلحة فرسا يقال له المندوب فركبه وبالاجماع فان الامة اجمعت على جوازها وانما اختلفوا في انها مستحبة أو واجبة والاكثر على انها مستحبة واعلم ان ماذكره نوح افندي حيث استدل على مشروعيتها بقوله تعالى ويمنعون الماعون يبتني على ماذكره البيضاوي آخرا حيث فسر الماعون بما يتعاور في العادة وذكر أولا انه الزكاة (قوله المناسبة بين الكتابين الخ) تضمنت هذه المناسبة وجه تقديم الوديعة على العارية فتدبره حموي قال شيخنا وهو ان الوديعة مفردة والعارية مركبة من الوديعة انتهى (قوله فعلية) بفتح العين وأصلها عورية قلبت الواو ألفا لتحرك ماقبلها حموي (قوله أو العري) قال الحموي يراجع المغرب انتهى والذي في الزيلعي انها مأخوذة من العرية وهي العطية (قوله خطأ) لان النبي عليه الصلاة والسلام استعار فلو كان العار في طلبها لما باشرها بحر عن النهاية (قوله على حذف الجار) اذ الاصل استعرت منه اياه حموي (قوله مشتقة من التعاور) يقال تعاورنا الكلام بيننا أي تداولناه وتناولناه كذا بخط شيخنا (قوله تمليك المنفعة) أفاد بالتمليك لزوم الايجاب والقبول ولو فعلا فلو استعار من رجل شيئا فسكت لا يكون

ثم عرض اليمين عليه (فنكل) عنه (لهما فالالف) المودع (لهما وعليه) أي على المدعى عليه (الف آخر بينهما) وانما قيد بقوله فنكل لهما لانه ان حلف لهما فلا شئ لهما فان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له وان نكل للاول وحلف للثاني فالالف للاول ولا شئ للثاني وينبغي للقاضي ان لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلف للثاني فلو قضى القاضي للاول حين نكل مع انه ليس له ذلك لا ينفذ قضاؤه حتى لو حلف للثاني بعده فنكل يكون الالف بينهما ويغرم الفا آخر بينهما
(كتاب العارية) المناسبة بين الكتابين ظاهرة لان الاول أمانة تركت للحفظ والثاني امانة دفعت للحفظ والانتفاع والعارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة اسم من الاغارة وأخذها من العار العيب أو العرى خطأ يقال استعرت منه الشئ فأعارنيه واستعرته اياه على حذف الجار كذا في المغرب وفي المبسوط هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء (هي تمليك المنفعة

اعارة بحر عن الخانية وشرطها قابلية المستعار للانتفاع وخلوها عن شرط العوض لانها تصير اجارة وحكمها كونها أمانة وقالوا علف الدابة على المستعير وكذا نفقة العبد أما كسوته فعلى المعير وهذا ان طلب الاستعارة فلو قال المولى خذه واستخدمه من غير ان يستعيره فنفقته على المولى أيضا لانه وديعة در (تتمة) ليس للاب اعارة مال طفله وكذا القاضي والوصي تنوير وشرحه (قوله بلا عوض) أى بغير عوض فلا اسم بمعنى غير ظهر اعرابها فيما بعدها أى لكونها على صورة الحرف وفيه نظر اذ كونها على صورة الحرف لا يقتضي ظهور اعرابها فيما بعدها بل كونها في محل كذا فالاولى ان يقال انها في محل جر بالباء وما بعدها مجرور باضافتها اليه وهذا مذهب الكوفيين وغيرهم يراها حرفا ويسميها زائدة ويعنون بذلك انها معترضة بين شيئين متطالبين وان لم يصح المعنى باسقاطها (قوله اباحة الانتفاع) لانه لا يشترط لها ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل نهيه ولا يملك الاجارة من غيره قلنا انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهى العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كانت اباحة لما جاز والجهالة لا تفضى الى المنازعة لانها غير لازمة اذله ان يرجع في كل ساعة فلهذا جازت من غير ضرب المدة والنهى منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا تجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث زيلعى والمراد جهالة المنافع لا العين لما في البحر عن الخلاصة لو استعار من آخر حمارا وله في الاصطبل اثنان فقال خذ احدهما واذهب فأخذ أحدهما يضمن اذا هلك بخلاف خذ أيهما شئت قال في البحر وانعقادها بلفظ الاباحة لانه استعير للتمليك (قوله باعرتك) لانه صريح فيه عيني (قوله أى جعلتك طاعما لها) أى لغلتها لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا من اطلاق السبب وارادة المسبب كذا ذكره بعضهم تبعا للشرنبلالى وتعقبه شيخنا بان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا للحكم والارض لا تفضى اليه فلهذا جعل الجمهور كالزيلعى والعينى والدرر والبحر والدر والحموى علاقة المجاز اطلاق اسم المحل على الحال (قوله ومنحتك ثوبى) معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصل المنح ان يعطى الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح وان أراد به الهبة افاد ملك العين والا بقى على أصل وضعه زيلعى (قوله ثوبى هذا وجاريتى هذه) اتى باسم الاشارة ولم يكتف باضافة الثوب والجارية الى نفسه لانه لا يلزم من الاضافة اليه ان يكون الثوب او الجارية معينا لاحتمال ان يكون له اكثر من ثوب وجارية لانه يشترط عدم جهالة العين المستعارة كما سبق عن البحر معزيا للخلاصة وحينئذ سقط قول السيد الحموى ينظر ما الداعى الى اقحام اسم الاشارة في هذا وما بعده وهلا اغنت الاضافة الى نفسه عن ذلك (قوله وحملتك على دابتى) كان الاولى اقحام اسم الاشارة هنا أيضا كما في الدرر للوجه الذى ذكرناه (قوله اذا أراد به العارية الخ) او اطلق حملا على الادنى كيلا يلزم الاعلى وهو الهبة بالشك كما يأتى منه في الهبة كذا بخط شيخنا قلت فلو اقتصر على قوله ولم يرد به الهبة وحذف قوله اذا أراد العارية كالشيخ العينى لكان اولى (قوله ولم يرد به الهبة) لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى زيلعى (قوله واخدمتك عبدى) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام عينى (قوله ودارى لك الخ) لان قوله دارى لك وان كان لتمليك العين ظاهرا فهو يحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى محكم في العارية فحملنا المحتمل على المحكم حموى ولو قال لغيره أجرتك هذه الدار شهرا بغير عوض كانت اعارة ولو لم يقل شهرا لا تكون اعارة بحر عن الخانية (قوله اسم من الاعمار) أى اسم مصدر حموى (قوله وسكنى تمييز) أى عن النسبة الى المخاطب وهذا أولى مما في المغرب من انه حال نعم يجوز ان يكون خبرا ولك

بلاعوض) القيد الاول احتراز عن الهبة لانها تمليك العين والثانى احتراز عن الاجارة فانها تمليك المنفعة بعوض وقال الشافعى والكرخى الاعارة اباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة وثمرة الخلاف تظهر فى اعارة المستعير عندهما لا يعير لانه اباحة وعندنا يعير لانه تمليك (وتصح) الاعارة باعرتك واطعمتك ارضى) أى جعلتك طاعما لها (ومنحتك) أى اعطيتك (ثوبى) هذا وجاريتى هذه (وحملتك على دابتى اذا أراد به العارية) ولم يرد به الهبة (واخدمتك عبدى ودارى لك سكنى ودارى لك (عمرى سكنى) والعمرى اسم من الاعمار معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك فعمرى مفعول مطلق لفعل محذوف تقديره اعمرتها لك عمرى وسكنى تمييز

متعلق به او بالنسبة بين المبتدا والخبر كما فى قوله تعالى ان الدين عند الله الاسلام حموى عن الحفيد على صدر الشريعة (قوله ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ووجه الاستدلال ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرف ان المنحة عارية خاصة عناية ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث وله ذلك زيلعى واطلق فى قوله ويرجع المعير متى شاء فشمل مالو كانت موقتة وفيه ضرر بين بالمستعير فان الاعارة تبطل وتبقى العين باجر المثل كمن استعار امة لترضع ولده وصار لا يأخذ الا ثديها فلها أجر المثل الى الفطام بحر عن الخانية وفى الدر عن الاشباه العارية تلزم فيما اذا استعار جدار غيره لوضع جذوعه فوضعها ثم باع المعير الجدار ليس للمشترى رفعها وقيل نعم الا اذا شرطه وقت البيع قلت وبالقيل جزم فى الخلاصة والبزازية وغيرهما انتهى (قوله والعارية امانة الخ) وشرط الضمان باطل كشرط عدمه فى الرهن وهذا اذا لم يتبين انها مستحقة للغير فان ظهر استحقاقها ضمنها ولا رجوع له على المعير لانه متبرع وللمستحق ان يضمن المعير واذا ضمنه لا رجوع له على المستعير بخلاف المودع اذا ضمنها المستحق حيث يرجع على المودع لانه عامل له بحر واستفيد من تعليله ان المستحق اذا ضمن المستعير لا رجوع له على المعير لانه عامل لنفسه (قوله حتى لو هلكت بلا تعد لم يضمن) هذا اذا كانت العارية مطلقة فان كانت مقيدة مثل ان يعيره يوما فلو لم يردها بعد مضى الوقت ضمن اذا هلكت كما فى شرح المجمع وهو المختار كما فى العمادية انتهى قال فى الشرنبلالية سواء استعملها بعد الوقت ام لا وذكر صاحب المحيط وشيخ الاسلام انه انما يضمن اذا انتفع به بعد مضى الوقت لانه حينئذ يصير غاصبا (قوله وقال الشافعى الخ) لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقد استعار عليه الصلاة والسلام دروعا من صفوان يوم أحد فقال اغصبا يا محمد قال لا بل عارية مضمونة فضاع بعضها فعوض عليه النبى صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم فى الاسلام ارغب والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء فلا يضمن كالاجارة والوديعة اذ لا ضمان الا بالتعدى ومع الاذن ينتفى التعدى وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه زيلعى وقوله يوم أحد يخالفه ما فى العينى حيث قال يوم خيبر (قوله وان هلكت لا فى حال الانتفاع يضمن) هذا لا يصلح مقابلا لما قبله كما يظهر بادنى تأمل حموى قلت لو حذف ما قبله واقتصر على هذا كالزيلعى لكان أولى اذ عدم الضمان فيما اذا هلكت من استعماله المعتاد مما لا خلاف فيه بيننا وبينه (قوله وان تعدى الخ) ومن التعدى كبحها باللجام بحر (قوله ولا تؤجر العارية الخ) لان الاعارة دون الاجارة والرهن والشئ لا يتضمن ما فوقه درر لان الاجارة لازمة والرهن ايفاء (قوله أى كما ان الوديعة لا تؤجر الخ) بل ولا تودع ولا تعار بخلاف العارية على المختار وصحح عدمه وتفرع عليه مالو ارسلها على يد أجنبى فهلكت يضمن على الثانى لا على الاول بحر وأما المستأجر فيؤجر ويودع ويعار ولا يرهن وأما الرهن فكالوديعة درر (قوله فان أجر المستعير) اورهن درر وتنوير وينبنى على قولنا أورهن ما سيذكره شيخنا متعقبا للقهستانى (قوله فعطب أى هلك) وكذا اذا استهلكه المستأجر يتخير المعير فى التضمين أيضا لكن ان اختار تضمين المستعير رجع على المستأجر وفى الهلاك لا يرجع حموى عن المقدسى (قوله لا يرجع على المستأجر) لانه لما ملكه باداء الضمان مستندا صار كأنه أجر ملك نفسه ويتصدق بالاجرة عندهما خلافا لابى يوسف بحر عن الخلاصة واعلم انه وقع فى بعض العبارات كالدرر بدل قول الشارح لا يرجع على المستأجر لا يرجع على أحد قال القهستانى والمراد به المستأجر لا غير فلا فائدة فى النكرة العامة وتعقبه شيخنا بان سلب الفائدة ممنوع لجواز كون قيمة الرهن عشرين وكان رهنا بعشرة فلا يرجع بالزائد على المرتهن (قوله وان ضمن

المستأجر

(ويرجع المعير متى شاء و) العارية
أمانة حتى (لو هلكت) بلا تعد
(لم يضمن) مطلقا سواء هلكت من
استعماله أولا (وقال الشافعى رحمه
الله ان هلكت من استعماله المعتاد
لم يضمن وان هلكت لا فى حال
الانتفاع يضمن وان تعدى ضمن
بالاجماع وان يحمل عليها ما يعلم ان
مثلها لا يحمله (ولا تؤجر) العارية
(ولا ترهن) كالوديعة) أى كما ان
الوديعة لا تؤجر ولا ترهن (فان أجر)
المستعير (فعطب) أى هلك (ضمن)
المستعير حين سلمه الى المستأجر وان
شاء المعير ضمن المستأجر فان ضمن
المستعير لا يرجع على المستأجر وان
ضمن المستأجر يرجع على المؤجر

المستأجر الخ) أقول وسكت عما لو ضمن المرتهن فينظر حكمه شرنبلالية قال شيخنا حكم المرتهن في هذه الصورة حكم الغاصب كما ذكره نوح أفندي لانه قبض مال الغير بلا اذنه ورضاه فيكون للمعير تضمينه وباداء الضمان يكون الرهن هالكا على ملك مرتهنه ولا رجوع له على الراهن المستعير بما ضمن لما علمت من كونه غاصبا او يرجع بدينه انتهى وتقييده بقوله ولا رجوع له على الراهن المستعير للاحتراز عما لو كان الراهن مرتهنا فان الثاني يرجع على الاول اذا ضمنه المالك كما في الدر عن شرح الوهبانية ونصه لا يملك المرتهن ان يرهن فيضمن وللمالك الخيار ويرجع الثاني على الاول انتهى (قوله اذا لم يعلم انه كان عارية) دفعا للضرر الغرور عنه درر (قوله لم يرجع) كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب لانه لم يغره درر (قوله ويعير ما لا يختلف الخ) سواء عين منتفعا اولا وقوله في الدرر ان عين منتفعا فان فيه واصلة بدون واو وان كان قليلا كما في قوله تعالى فذكر ان نفعت الذكرى شرنبلالية (قوله ما لا يختلف باختلاف المستعمل) الا ان يقول لا تدفع الى غيرك فان دفع بعد النهي وهلك ضمن واما ما يختلف به فله ان يعير ان لم يعين منتفعا فمن استعار دابة اواستأجرها مطلقا بلا تقييد يحمل عليها ما شاء ويعير له ويركب بنفسه ويركب غيره وايا فعل تعين وضمن بغيره وم في البحر عن المحيط استعار دابة ليركبها فركب وأركب غيره فعطبت ضمن نصف قيمتها معناه أنهما ركباها معا لان سبب العطب ركوبهما معا واحدهما مأذون فيه فلهذا ضمن النصف حتى لو أركب غيره فقط ضمن الكل هذا ما ظهر لي ولم أر من نبه عليه (قوله وان أطلق في الاعارة) بان لم يقيدها بوقت اومنفعة كمن استعار دابة للركوب اوثوبا للبس ولم يسم شيئا كان له ان يلبس ويركب بنفسه وله ان يعير ما لم يلبس هو او لم يركب فاذا البس غيره او اركبه فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ثم في كل موضع يتقيد بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير منه او مثله كما اذا استعارها لحمل هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها ودونها في الضرر عيني (قوله وعارية الثمنين الخ) مراده ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين ولو قيميا حتى لو قال أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها وأكلها فعليه مثله او قيمته وكان قرضا الا ان يكون بينهما مباسطة فيكون ذلك دلالة الاباحة بحر عن الخلاصة وتصح عارية السهم ولا يضمن لان الرمي يجري مجرى الهلاك درر عن الصيرفية (قوله قرض) فيضمن بهلاكها قبل الانتفاع كما هو حكم القرض وانما كان كذلك لان الاعارة تمليك المنفعة ولا ينتفع بهذه الامور الا باستهلاك عينها ولا يملك استهلاكها الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض أدناهما لكونه موجبا لرد المثل درر (قوله أو للغرس) بفتح الغين وكسرها بحر عن المغرب (قوله ويكلف قلعهما) لانه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء ان يأخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما بل أيهما طلب القلع أجيب زيلعي (قوله ولا يضمن ان لم يوقت) لانها غير لازمة ولم يغره عيني (قوله وان وقت ورجع قبله الخ) وهو مكروه لان فيه خلف الوعد درر وظاهره أنها تحريمية لكن صرح القهستاني بانها تنزيهية ووفق شيخنا بحمل ما ذكره القهستاني على ما اذا وعد وكان من نيته الوفاء ثم طرأ الخلف فلا مخالفة انتهى واعلم ان التقييد بالمعير للاحتراز عن ورثته ولهذا قال في الدر ضمن فروع ذكرها اوصى بالعارية ليس للورثة الرجوع الخ (قوله ضمن ما نقص) أي ما نقص البناء والغرس أي نقصانه على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة ونقص حينئذ من نقص المتعدي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول مرفوعين كذا في العناية قال قاضي زاده لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل

اذا لم يعلم انه كان عارية في يده وان علم
به لم يرجع عليه (ويعير) المستعير
(ما لا يختلف باختلاف المستعمل)
كالحمل والاستخدام والزراعة
والسكنى (ولو قيده) المعير (بوقت) كما اذا
كيوم أو شهر (او منفعة)
قال اركب هذه الدابة (او) قيد
(بها الا يتجاوز عما سماه وان اطلق في
الاعارة له ان ينتفع باي نوع في اي
وقت شاء (وعارية الثمنين) اي
الدراهم والدنانير (والمكيل)
كالحنطة والشعير (والموزون)
كالذهب والفضة والعسل (والمعدود)
كالجوز والبيض (قرض) قالوا هذا
اذا اطلق العارية اما اذا عين الجهة
بأن استعار صيرفي دراهم اودنانير
ليزين بها دكانه او ليعاير بها ميزانا
فانه لا يكون قرضا (وان اعار ارضا
للبناء او الغرس صح) الاعارة (وله
ان يرجع ويكلف المعير) المستعير
(قلعهما ولا يضمن) المعير ما نقص
من البناء والغرس بسبب القلع
(ان لم يوقت وان وقت) المعير
(ورجع قبله ضمن ما نقص) منهما
(بالقلع) وذكر الحاكم الشهيد رحمه
الله انه يضمن رب الارض للمستعير

هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع وتمنع أيضا صحة المعنى على ذلك التقدير اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه فالوجه رفع البناء والغرس لا غير حموى ووجه الضمان انه لما وقت وقتا معلوما فالظاهر الوفاء بما وعد فقد اعتمد على قوله ثم غره بخلفه فيضمن عينى ومعنى قوله ما نقص ان يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت زيلعى فاذا كان قيمتهما وقت مضى المدة عشرة دنانير وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين شرنبلالية عن البرهان بقى ان يقال قوله فاذا كان قيمتهما وقت مضى المدة الخ يقتضى اعتبار القيمة وقت مضى المدة وهو مخالف لما فى الدر من ان القيمة تعتبر يوم الاسترداد انتهى ومثله فى البحر عن الولوالجى ولا شك ان اعتبارها يوم الاسترداد أسهل (قوله قيمة غرسه وبنائه) قال فى الشرنبلالية عن البرهان لو أراد تملكهما فيما اذا وقت يملكهما بقيمتهما قائمين غير مقلوعين يعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما الى المدة المضروبة لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت الخ (قوله فيكون له ذلك) لانهما ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عنه فاذا رضى هو كان أحق بملكه شرنبلالية عن البرهان (قوله فالخيار لرب الارض) لانه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل اولى هداية (قوله لا تؤخذ الخ) لان له نهاية معلومة وفى الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس اذ ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك در وقال فى الشرنبلالية ليس فى عبارته الا مراعاة حق المستعير ففى العبارة سقط هو ويترك باجر المثل لان فى الترك الخ وأجاب شيخنا بان قوله وفى الترك مراعاة الحقين أى الترك باجر المثل فليس فى العبارة سقط انتهى وكذا الحكم فى الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك يترك بأجر المثل زيلعى (قوله حتى يحصد الزرع) بالبناء للمفعول من الثلاثى المجرد قيل والاصح ان يقرأ بكسر الصاد من احصد الزرع اذا حان حصاده فان قال المعير أعطيك البذر ونفقتك ويكون الزرع لى ورضى به الزارع ان كان قبل ظهور الزرع لم يجز لان بيع الزرع قبل نباته لا يجوز وبعد نباته فيه كلام أشار الى الجواز فى المغنى حموى عن النهاية وغيرها (قوله على المستعير الخ) لان المنفعة حصلت له الا مستعير الرهن فان مؤنة الرد على المعير لان هذه اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة فى يد المرتهن وللمعير ان يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة الاجارة بحر عن الخانية قال ويدخل فى المستعير الموصى له بالخدمة فان مؤنة رد العبد عليه قال الحموى وفائدة كونها على المستعير تظهر أيضا فيما اذا كانت العارية موقتة فمضى الوقت وأمسكها المستعير فهلكت ضمنها نهاية هذا اذا كان الاخراج باذن رب المال والا فمؤنة رده مستأجر ومستعار على من اخرجه در عن البزازية وفى الخلاصة الاجير المشترك كالخياط ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب انتهى وفى اجارة الظهيرية فان شرط أجر الرد على المستأجر فسدت الاجارة وحكى عن المرغينانى انها جائزة ويجعل اشتراط الرد على المستأجر بمنزلة الزيادة انتهى ومؤنة رد مال المضاربة والشركة والبضاعة واللقطة والآبق على رب المال ورد الهبة بعد القضاء بالرجوع على الواهب حموى عن رمز المقدسى والاصل ان مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له (قوله وعلى المودع) لان منفعة حفظها عائدة اليه عينى (قوله وعلى المؤجر) لان منفعة القبض حصلت له وهى الاجرة عينى (قوله وعلى الغاصب) لان الرد الى المالك واجب عليه عينى (قوله وعلى المرتهن) لان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه عينى (قوله ثم رد الدابة الخ) قيد بالدابة لانه لو كانت عقد جوهر لا يردها الا الى المعير كذا فى البحر والهداية وبالاصطبل لانه لو ردها الى أرض مالكها لا يبرأ بحر أيضا عن المحيط ومنه يعلم ما وقع فى كلام بعضهم عن البحر حيث عزا ذلك كله للمحيط وكان من اللائق العزو اما للبحر او غيره مما نقل عن المحيط ثم رأيت بخط شيخنا معزيا بالحاشية الاشباه للبيرى ما نصه عز والفائدة الى مفيدها من الامور المطلوبة قال ابن جماعة فى منسكه الكبير صح عن سفيان الثورى انه قال نسبة الفائدة الى مفيدها من الصدق فى العلم وشكره والسكوت عن ذلك من الكذب فى العلم وكفره انتهى (قوله برئ من الضمان) لانه أتى بالتسليم المتعارف

قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان
يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فيكون له ذلك وهذا اذا لم يكن
القلع مضرا بالارض فان كان
مضرا بها فالخيار لرب الارض (وان
اعارها) اى الارض ليزرعها المستعير
(لا تؤخذ حتى يحصد) الزرع (وقت
اولا) يؤقت استحسانا حصد الزرع
جزه حصدا وحصادا من بابى طلب
وضرب كذا فى المغرب (ومؤنة الرد
على المستعير و) مؤنة رد الوديعة (على
المودع) بكسر الدال (و) مؤنة رد
المستأجر (على المؤجر و) مؤنة رد
الغصب (على الغاصب و) مؤنة رد
المرهون (على المرتهن وان) استعار
دابة ثم (رد) المستعير (الدابة الى
اصطبل مالكها) ولم يسلم (او
استعار (العبد) ثم رده الى (دار
المالك برئ) من الضمان استحسانا

لان

لان ردالعوارى الى دار الملاك متعارف كآلة البيت بحر عن الهداية (قوله والقياس انه يضمن) لانه لم يردهما الى صاحبهما وانما صنعهما تضييعا وهو قول الثلاثة عينى وجه الاستحسان ماذكرناه من انه أتى بالتسليم المتعارف (قوله بخلاف المغصوب والوديعة) أما الوديعة فلانها للحفظ ولم يرض بحفظ غيره والا لما اودعها عنده وأما الغصب فلان الواجب عليه ابطال فعله وذلك بالرد الى المالك درر والمستأجر كالوديعة بحر عن المحيط (قوله وان رد المستعير الخ) قيد بالمستعير لان المودع لو رد مع عبد رب الدابة او اجيره لا يبرأ لعدم العرف ومع عبده لا يضمن لان له ان يستحفظ وقيد بالدابة لانه لو كان شيئا نفيسا فردها الى يد غلام صاحبها ضمن لعدم العرف بحر (قوله مع عبده او أجيره الخ) لانهما من عياله (قوله لا مياومة) لانه لا يعد من عياله فلا يكون المالك راضيا به عادة (قوله لا يملك الايداع) قال به بعض المشايخ كالكرخى واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها فى الجامع هى ان المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا الايداع منه قال الباقلانى هذا القول أصح لان الايداع تصرف فى ملك الغير بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف فى المنفعة وتسليم العين من ضرورياته فافترقا زيلعى (قوله وقال مشايخ العراق انه يملك الايداع الخ) وبهذا قال الاكثر منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير فاذا ملك الاعلى فأولى ان يملك الادنى (قوله يكتب المعار) يعنى المستعير عينى (قوله وعندهما يكتب انك اعرتنى) لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة بالموضوع أولى وله ان لفظة الاطعام أدل على المراد من الاعارة لانها تختص بالزراعة واعارة الارض تارة تكون للزراعة وتارة تكون للبناء ونصب الفسطاط فكانت الكتابة بلفظ الاطعام اولى ليعلم ان غرضه الزراعة درر وفائدة الكتابة امن جحود المستعير عند تطاول الزمن او موت المعير وامن المستعير من لزوم الاجر بدعوى المعير انه انما أجره وقوله انك بفتح الهمزة لانها وقعت مفعولا ليكتب فهى مصدرية ويجوز كسرها على معنى انه يكتب هذا اللفظ أعنى قوله انك اطعمتنى أرضك حموى

(كتاب الهبة)

وزنها فعلة بكسر الفاء لان أصلها وهبة من وهب كعدة أصلها وعدة من وعد عينى (قوله المناسبة بين الكتابين الخ) وقدم العارية على الهبة على طريق الترقى من الادنى الى الاعلى أو على طريق تقديم المفرد على المركب لان التبرع بالاعيان مركب بالنسبة الى التبرع بالمنافع حموى فان المتبرع عليه بالعين ينتفع بها تارة وبمنفعتها أخرى والتبرع بالمنافع قاصر على الانتفاع بها كذا بخط شيخنا (قوله ثم هى فى اللغة الخ) قال تعالى فهب لى من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا الآية وهى من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله تعالى انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات قال فى البحر عن النهاية ومحاسنها كثيرة حتى قال الامام أبو منصور يجب على المؤمن ان يعلم ولده الجود والاحسان كما يجب عليه ان يعلمه التوحيد والايمان اذ حب الدنيا رأس كل خطيئة انتهى (قوله هى تمليك الخ) هذا تعريف للهبة المطلقة عن العوض لا لمطلق الهبة الشاملة للهبة بشرط العوض وما فى الدرر من ان قوله بلا عوض أى بلا شرط عوض لا أن عدم العوض شرط فيه اعترض بان قوله بلا عوض نص فى اشتراط عدم العوض والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان حموى ثم رأيت الوانى سبق الحموى فى الاعتراض وأجاب عنه سرى الدين افندى فقال هذا البحث نشأ من عدم تحقيق هذه المسئلة ويندفع بمراجعة شرح المقاصد من مباحث الماضية حيث قال فان قيل المشروط بالشئ واللازم مشروط به متنافيان فكيف يتصادقان قلت التنافى انما هو بحسب المفهوم

والقياس انه يضمن (بخلاف المغصوب والوديعة) حتى لو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه فضاعا ضمن (وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة) او مسانهة لا مياومة (أو) رد (مع عبد رب الدابة أو اجيره) مشاهرة أو مسانهة (برئ) المستعير فى الصورتين والمسئلة الثانية مطلقة اى سواء كان عبدا يقوم على الدواب أو غيره قيل هذا فى العبد الذى يقوم على الدواب والاول هو الصحيح (بخلاف الاجنبى) أى ان ردها مع اجنبى فهلكت ضمن دلت هذه المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع من اجنبى وقال مشايخ العراق انه يملك الايداع وعليه الفتوى وأولوا هذه المسئلة بأن وضع المسئلة فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت العارية بانقضاء مدتها فحينئذ يصير المستعير مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق ومن أعار ارضا بيضاء ليزرعها وأراد كتابة الصك (يكتب المعار انك اطعمتنى ارضك) عند أبى حنيفة وعندهما يكتب انك اعرتنى وانما قال ارضك اشارة الى أنه فى اعارة الارض يكتب اطعمتنى وفى غيرها يكتب انك اعرتنى اجماعا

(كتاب الهبة)

المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما تمليك بغير عوض ثم هى فى اللغة ايصال النفع الى الغير مالا كان او غير مال وفى الشرع (هى تمليك العين بلا عوض) قوله تمليك العين

احترازعن الاعارة وبلاعوض احتراز عن تمليك بعوض اذهى فى المعنى بيع (وتصح) الهبة (بايجاب) من الواهب كوهبت ونحلت) أى اعطيت (واطعمتك هذا الطعام

يعنى ان هذا المفهوم لايكون من ذلك وهو لاينافى الاجتماع فى الصدق كالانسان المشروط بالنطق والحيوان المشروط به وانما التنافى فى الصدق فى المشروط بالشئ والمشروط بعدمه الخ ولايرد على التعريف هبة الدين ممن عليه لانها مجاز عن الاسقاط وأما تمليك الدين من غير من عليه فيصح بشرط ان يأمره بقبضه زجوعه الى هبة العين فيصير قابضا للواهب بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بحكم الهبة وان لم يأذن فى القبض لم يجز بحر عن المحيط مع زيادة قال الحموى ومنه يعلم ان تصييره معلومه المتجمد للغير بعد فراغه له غير صحيح مالم يأذنه بالقبض وهى واقعة الفتوى وسببها ارادة الخير للواهب كما فى التنوير وشرط صحتها فى الواهب كونه مكلفا ولو حكما حرا مالكا فلا تصح هبة المجنون والصغير والعبد ولو مكاتبا أو أم ولد أو مدبرا ومبعضا وغير المالك واغا قلنا ولو حكما ليشمل السكران وفى الموهوب ان يكون مقبوضا غير مشاع متميزا غير مشغول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له غير لازم حتى يصح الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط فيها ولو ابرأه على انه بالخيار صح الابراء وبطل الخيار وانها لا تبطل بالشروط الفاسدة وركنها الايجاب والقبول ولو دلالة وانما حنث لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له لانه انما منع نفسه عما هو فى وسعه ويتمنى بالبيع وأجاب المقدسى بأن الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع بخلاف البيع (تتمة) حيلة هبة المشغول ان يودع الشاغل أولا عند الموهوب له ثم يسلمه الدار وفى الاشباه هبة المشغول لا تجوز الا اذا وهب الاب لطفله قلت وكذا الدار المعارة والتى وهبتها الزوجه الا ان المرأة ومتاعها فى يدزوجها ادر وفى جامع الفتاوى وهب له دارا ثم المتاع أواودعه اونصفها فارغة ثم نصفها فى المجلس أوفى غيره ثم سلمه يصح وبعد التسليم لا انتهى (قوله احترازعن الاعارة) والاباحة والاجارة وسيأتى عن القهستانى معزيا للنظم ان الهبة مطلق التمليك الشامل لتمليك العين أو المنفعة (قوله اذهى فى المعنى بيع) صوابه اذ هو حموى (قوله وتصح بايجاب الخ) أطلقه فشمل مااذا كان على وجه المزاح فان الهبة صحيحة بحر عن الخلاصة ورده المقدسى على ماذكره الحموى بأنه ليس فى الخلاصة مايفيد دعواه والذى فيها انه طلب الهبة مزاحا لا جدا فوهبه جدا وسلم صحت الهبة لان الواهب غير مازح وقد قبل الموهوب له قبولا صحيحا ثم رأيت القهستانى ذكر أنها تمليك الغير ولو هزلا الخ وشمل مااذا قال لقوم قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم ملكها وكذا لو قال أذنت الناس جميعا من أخذ شيئا من ثمر نخلى فهو له قال فى البحر وظاهر مافى المنتقى ان من أخذ شيئا ولم تبلغه مقالة الواهب لايكون له الخ واقول فى جامع الفتاوى عن القنية لو قال رجل من يتناول من مالى فهو مباح فتناول رجل من غير ان يعلم اباحته جاز الخ واختلف فى ان ركنها الايجاب والقبول أو الايجاب فقط والى الثانى ذهب صاحب الهداية والوقاية واعلم ان المراد بالايجاب خصوص مايوجد من طرف الواهب يدل عليه مانقله القهستانى عن الخلاصة وغيرها من أن القبول ليس بركن ونقل عن الكرمانى مايفيد ذلك أيضا حيث قال الايجاب فى الهبة عقد تام الخ فقولهم الايجاب مايتلفظ به أولا ليس على اطلاقه بل بالنسبة لعقود المعاوضات (قوله كوهبت ونحلت واطعمتك هذا الطعام) أما الاول والثالث فلانهما صريح فى الهبة وأما الثانى فلكثرة استعماله فيه بخلاف اطعمتك ارضى فانه عارية لرقبتها واطعام لغلتها الا انها لا تطعم عينى ودرر وروى النعمان ابن بشير انه قال نحلنى أبى غلاما وأنا ابن سبع فابت أمى الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملنى أبى على عاتقه الى الرسول عليه السلام واخبره فقال ألك ولد سواه فقال نعم فقال أكل ولدك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور وعناية واستفيد من قوله عليه السلام هذا جور حرمة تفضيل بعض الاولاد على بعض فما فى البحر من انه يكره تفضيل بعض الاولاد على بعضها الا لزيادة فضل اى كراهة تحريم (تتمة) يقال نحل ينحل نحلة بكسر الحاء فى الماضى وفتحها فى المضارع تقول نحله كذا أى اعطاه اياه بطيب نفسه بلاعوض والنحل بالضم مصدر نحله والنحلى العطية بوزن حبلى شيخنا عن الصحاح والمختار (قوله واطعمتك هذا الطعام) زاد صاحب الدرر كلمة فاقبضه تبعا لما فى المحيط فقال اضافة الاطعام الى

ما يطعم

ما يطعم عينه يحتمل التمليك والاباحة فاذا احتمل الامرين فاذا قال اقبضه دل ذلك على ان المراد التمليك الخ
(قوله وجعلته لك) لان اللام للتمليك بخلاف جعلته باسمك فانه ليس بهبة وكذا هى حلال لك الا ان
يكون قبله كلام يفيد الهبة درعن الخلاصة (قوله واعمرتك هذا الشئ) لقوله عليه السلام من أعمر عمرى
فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له
فصح التمليك و بطل الشرط كذا لو قال أعمرتك هذه الدار حياتك فاذا مت فهى لى لان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة زيلعى وبحر (قوله ناو يا به الهبة) لانه نوى محتمل كلامه ومثله اخدمتك هذه الجارية
بحر (قوله وكسوتك هذا الثوب) لانه يراد به التمليك قال تعالى فى الكفارة أو كسوتهم لان الكفارة
لا تتأدى بالمنافع زيلعى ولو دفع لرجل ثوبا وقال اكس نفسك كان هبة ولو دفع له دراهم وقال انفقها
كان قرضا خلاصة ولو قال متعتك بهذا الثوب او بهذه الدراهم فهو هبة محيط بحر (قوله لا هبة سكنى
او سكنى هبة) بنصب هبة فيهما على الحال أو التمييز يعنى انها عارية فيهما لان السكنى محكم فى تمليك المنفعة
فكان عارية قدم لفظ الهبة او اخره ولو قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم او اجارة هبة فهى اجارة غير
لازمة ولو سكن وجب الاجر وحاصله ان اللفظ ان انبأ عن تمليك الرقبة فهبة او المنافع فعارية او احتمل
اعتبرت النية بحر ودرر وعند عدم النية يثبت الادنى وهو العارية وهذه المسئلة أعنى دارى لك هبة سكنى
لا ترد على تعريف الهبة بانها تمليك العين الخ لانه بالنسبة للهبة المطلقة بان كانت غير مقيدة فلهذا كانت
لتمليك المنفعة بخلاف تسكنها حيث لا ينافى ثبوت الملك فى العين لانه للتنبيه على ماهو المقصود فلم يكن
للتقييد وأما هبة الدين ممن عليه فمجاز عن الاسقاط كما سبق فالتعريف المذكور بالنسبة للحقيقة وكذا
لا يرد على التعريف الوصية لان المتبادر من تعريفها بانها تمليك العين أى حالا على ان الكرمانى ذكر انها
هبة معلقة بالموت ثم رأيت فى القهستانى ما يفيد كون العارية من افراد الهبة حيث قال بعد ان عرف الهبة
بانها تمليك العين مانصه و يخرج عنه الاجارة والعارية والمهايأة لكن فى النظم ان الهبة لعموم التمليك
حتى لو قال وهبت لك هذه الدار والثوب لتسكن فيها أو تلبسه شهرا فقيل يصح انتهى لكن اللائق
بالتعريف الذى ذكره المصنف ماقدمناه من الجواب بان سكنى للتقييد (قوله لا مدخل له فى الهبة الخ) بل
تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا الثوب لك تلبسه درر (قوله وقبول)
ولو فعلا ومنه ماقدمناه لو قال قد وهبت جاريتى هذه لاحدكم فليأخذها من شاء فأخذها رجل منهم تكون
له وكان أخذها قبولا ومافى المحيط من انه لا يشترط فى الهبة القبول مشكل بحر وأقول يمكن الجواب بان
المراد بالقبول القبول بالقول (قوله أى تصح بايجاب وقبول) أى فى حق الموهوب له أما فى حق
الواهب فتصح بالايجاب وحده لانه تبرع حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر وبعكسه
حنث بخلاف البيع درر وفى قول الشارح وقبول من جانب الموهوب له اشارة اليه (قوله وقبض منه)
أى لابد من القبض لثبوت الملك لا للصحة بحر والتمكن من القبض كالقبض فلو وهب من رجل ثيابا
فى صندوق مقفل ودفع اليه الصندوق لم يكن قبضا وان كان مفتوحا كان قبضا لتمكنه منه ولو نهاه عن
القبض لم يصح قبضه مطلقا ولو فى المجلس لان الصريح أقوى من الدلالة تنوير وشرحه واعلم ان اشتراط
الاذن للقبض فى غير المجلس مخالف لظاهر مافى التتارخانية ونصه قال أبو بكر اذا قال الرجل لغيره وهبت
عبدى منك والعبد غائب فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت الهبة قال أبو الليث و بقول أبى بكر نأخذ
انتهى (قوله بلا اذنه اذا كان فى المجلس الخ) والقياس ان لا يجوز بلا اذنه لانه تصرف فى ملك الغير
فلا يجوز الا باذنه وبه قال الشافعى وجه الاستحسان ان القبض كالقبول فى الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض عينى فكما لا يشترط للقبول اذنه بعد
الايجاب فكذا القبض خلافا لما يتوهم من عبارة الدرر حيث قيد بقوله اذا قبض الموهوب باذنه ولهذا
قال فى الشرنبلالية انه مخالف لما قدمه اذ لا يشترط الاذن صريحا فى مجلس الهبة فتنبه المطلق أحسن

وجعلته لك) عمرى (وأعمرتك هذا
الشئ ويصح) بقوله (حملتك على هذه
الدابة) حال كونه (ناويا به) الهبة
مطلقا سواء قال السلطان أو غيره قيد
به لانه لو قال حملتك على هذه الدابة
ولم ينو الهبة يكون عارية وقيل هو من
السلطان هبة مطلقا (و) بقوله
(كسوتك هذا الثوب و) بقوله
(دارى لك هبة) اى من جهة الهبة
(تسكنها) قوله تسكنها لا مدخل له
فى الهبة حتى لو لم يقل تسكنها تكون
هبة أيضا (لا) بقوله دارى لك (هبة
سكنى او) دارى لك (سكنى هبة
وقبول) أى تصح بايجاب وقبول من
جانب الموهوب له (وقبض) منه (فى
المجلس بلا اذنه و بعده به) أى تصح
الهبة ان قبض بلا اذنه اذا كان
فى المجلس

انتهى (قوله وان قبض بعد الافتراق لا تصح الا باذنه) لانا اثبتنا التسليط فيه الحاقاله بالقبول وهو يتقيد بالمجلس عينى ثم ان القبض فى المجلس هل يحصل بالتخلية اختلفوا فيه قال أبو الليث هى قبض عند محمد لا عند أبى يوسف والمختار الاكتفاء بالتخلية فى الصحيحة لا الفاسدة درر وقول العينى لان الدلالة لا تعمل فى مقابلة الصريح تعليل لمسئلة ذكرها الزيلعى وسقطت من قلم العينى هى قوله بخلاف ما اذا نهاه عن القبض فى المجلس لان الصريح يفوق الدلالة كذا نبه عليه الشيخ شاهين (قوله وقال مالك رضى الله عنه يثبت الملك فيه قبل القبض) كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفى الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة فى مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضته ولا حزته وانما هو مال الورثة فلو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك زيلعى والجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها يقال جد الثمرة يجدها جدا ومنه حديث أبى بكر كذا ذكره ابن الاثير فى الجيم مع الدال والوسق ستون صاعا كما فى مختار الصحاح (قوله ثم يصح بايجاب وقبول) اعاده ليعطف عليه متعلق الجار فى قوله فى محوز حموى وقوله ليعطف عليه أى على المعاد وهو قول المصنف وتصح بايجاب الخ وقوله متعلق الجار هو قول الشارح ويثبت الملك فى محوز الخ كذا بخط شيخنا (قوله محوز) أى مجموع احترازا عما لو وهب الثمر على النخل بدونها والزرع بدون الارض ومحوز بزنة مقول اسم مفعول من حازه اذا جمعه (قوله مقسوم) معناه انها تملك بهذا الشرط لا ان الصحة متوقفة على القسمة لانه لو وهب شائعا يقسم تصح الهبة من غير ملك وبعد القسمة يملكه ولو كان شرطا للصحة لاحتيج الى تجديد العقد بحر (قوله ومشاع لا يقسم) كالعبد والدابة فاكتفى بالقبض القاصر فيه لان القبض الكامل لا يتصور فيه والصدقة كالهبة ثم الحد الفاصل بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ان كل ما كان مشتركا بين اثنين فطلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فان كان للقاضى ان يجبر الآبى على القسمة فهو مما يحتملها كالدار والبيت الكبير وان كان مما لا يجبره فهو مما لا يحتملها كالحمام ويشترط لصحة هبة المشاع الذى لا يحتملها ان يكون قدرا معلوما فلو وهب نصيبه من عبد ولم يعلمه به لم يجز للجهالة وقاعدة ان هبة المشاع فيما لا يقسم تفيد الملك للموهوب له على وجه لا يستحق المطالبة بالقسمة لانها لا تمكن واما المهايأة فلا تجب فى ظاهر الرواية لانها اعارة فان كل واحد منهما يصير معيرا نصيبه من صاحبه والجبر على الاعارة غير مشروع وفى رواية تجب بحر واعلم ان الدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح زيلعى وكلامه يعطى ان هبة المشغول فاسدة والذى فى العمادية انها غير تامة قال السيد الحموى فى حاشية الاشباه فيحتمل ان فى المسئلة روايتين كما وقع الاختلاف فى هبة المشاع المحتمل للقسمة هل هى فاسدة او غير تامة والاصح كما فى البناية انها غير تامة فكذلك هنا كذا بخط شيخنا ومنه علم ما وقعت الاشارة اليه فى الدر المختار حيث قال والاصل ان الموهوب ان مشغولا بملك الواهب منع تمامها وان شاغلا لا فلو وهب جرابا فيه طعام الواهب أو دارا فيها متاعه أو دابة عليها سرجه وسلمها كذلك لا يصح وبعكسه يصح فى الطعام والمتاع والسرج فقط انتهى فأشار الى احد القولين بما ذكره أولا من عدم التمام والى القول الثانى بما ذكره آخرا من عدم الصحة فتدبر ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذى فى الدار وسلمها معه أو الدقيق الذى فى الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب غاية ما فيه ان يد الواهب قائمة فى الظرف وهو آلة الحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد فى التبع لا يوجب قيامها فى الاصل (قوله لا فيما يقسم) ولو من شريكه على المذهب وقيل يجوز لشريكه وهو المختار والمفسد هو الشيوع المقارن لا الطارئ كما اذا وهب ثم رجع فى البعض الشائع والاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طارئا

استحسانا وان قبض بعد الافتراق لا تصح الا باذنه وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض ثم يصح بايجاب وقبول ويثبت الملك (فى) شئ (محوز مقسوم و) فى شئ (مشاع لا يقسم لا فيما يقسم)

كما زعمه صدر الشريعة وان تبعه ابن الكمال درفلو وهب أرضا وزرعا وسلمهما فاستحق الزرع بطلت في الارض ومما لايحتملها الدرهم الصحيح حتى لو وهب درهما صحيحا لرجلين صح ولو كان معه درهمان فقال لرجل وهبت لك درهما منهما فان كانا مستويين لم تجز الهبة الا ان يفرز أحدهما وان كانا مختلفين تجوز لعدم احتمالها كذا في البحر ثم قال وأفاد انه لودفع درهمين الى رجل وقال أحدهما هبة لك والآخر امانة عندك فهلكا يضمن درهم الهبة وهو في الآخر أمين انتهى قاضيخان وفي الدر وهب لرجلين درهمان صحيحا صح وان مغشوشا لا لانه مما يقسم لكونه في حكم العروض معه درهمان فقال لرجل وهبت لك أحدهما أو نصفهما ان استويا لم يجز وان اختلفا جاز لانه مشاع لا يقسم ولهذا لو وهب ثلثهما جاز مطلقا (قوله وقال الشافعي تصح) لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب والوصية ليس من شرطها القبض وكذلك البيع الصحيح وأما في البيع الفاسد والصرف والسلم والقرض فالقبض غير منصوص عليه فلا يراعى كماله قال الزيلعي وقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل الخ (قوله فان قسمه وسلمه صح) لان تمامها بالقبض وعنده لا شيوع ولو سلمه شائعا لا يملكه فلا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب زيلعي وظاهره يعطي ترجيح ان الهبة الفاسدة لا تفيد الملك بالقبض وقد قدمنا اختلاف التصحيح في ذلك لكن ذكر في الدر ان المفتي به افادتها الملك على خلاف ما صححه في العمادية قال ولفظ الفتوى آكد من لفظ الصحيح وهل للقريب الرجوع في الهبة الفاسدة قال في الدرر نعم أما على قول من لا يرى الملك بالقبض فظاهر وأما على قول من يرى فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون فاذا كان مضمونا بالقيمة بعد الهلاك كان مستحق الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد قال في الشرنبلالية وهذا غير ظاهر لان قوله فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون لا يكون متجها الا على القول بعدم الملك والا فكيف يكون مالكا وضامنا ونظر فيه الشيخ شاهين بان المقبوض في البيع الفاسد يملك بالقبض مضمون بقيمته فلا يبعد كون الشخص مالكا وضامنا فكان الجواب مستقيما وكان القول بالضمان متجها حتى على قول من قال بملك الموهوب فاسدا انتهى وكما لا يمنع من الرجوع في الهبة الفاسدة القرابة فكذا غيرها من باقي الموانع كما في العمادي شيخنا عن القهستاني ويتفرع على القول بثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة ما في البحر عن الاسعاف من انه اذا وقف الارض التي وهبت له هبة فاسدة صح الوقف وعليه قيمتها (قوله وان وهب دقيقا في بر الخ) لانه معدوم فلا يملك الا بعقد جديد بخلاف لبن في ضرع وصوف على غنم ونخل في ارض وتمر في نخل لانه كمشاع فلو فصله وسلمه جاز لزوال المانع وهل يكفي فصل الموهوب له باذن الواهب ظاهر الرواية نعم تنوير وشرحه واعلم انه قد وقع لصاحب الدرر هنا اشتباه حيث قال ويجوز هبة البناء دون العرصة اذا أذن الواهب في نقضه وهبة أرض فيها زرع دونه او نخل فيها تمر دونه اذا امره بالحصاد والجداد الخ قال عزمي زاده هذا غلط اشتبهت عليه المسئلة مع عكسها وهي هبة زرع بدون ارضه وهبة تمر بدون شجره فانه يصح استحسانا ان أمره بالحصاد والجداد وفعل بخلاف ما ذكره حيث لا يصح مطلقا لانه متصل به اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة فلا تتم بدون الافراز والحيازة كما في الكافي وأيضا هبة البناء دون الارض من قبيل هبة زرع بدون ارضه لا من عكسه فجعل صاحب الدرر اياها مع هبة الارض بدون زرعها من نمط واحد غلط صريح انتهى (قوله لو في يد الموهوب له) لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده امانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل انه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وان اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس هذا اذا كان الموهوب

وقال الشافعي تصح ونعني بالمحوز ان
يكون مفرغا عن املاك الواهب
وحقوقه وبما لا يقسم ما لا يحتمل
القسمة أي لا يبقى منتفعا به بعد
القسمة اصلا كعبد واحد ودابة
واحدة أو لا يبقى منتفعا به بعد القسمة
من جنس الانتفاع الذي كان قبل
القسمة كالبئر الصغير والحمام الصغير
والثوب الصغير ونعني بالمقسوم ان
يبقى منتفعا به في الحالين قبل القسمة
وبعدها فان وهب شقصا مشاعا
فسدت الهبة (فان قسمه وسلمه) الى
الموهوب له (صح وان وهب دقيقا في
بر) يصح (وان طحن وسلم) اليه
(وكذا الدهن في السمسم والسمن في
اللبن وملك) الموهوب (بلا قبض
جديد لو) كان الموهوب (في يد
الموهوب له

مضمونا فى يده كالغصب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض فى يده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان فى يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت فى يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لكن لما لم يكن عاملا للمالك بعد الهبة اعتبرت يده الحقيقية زيلعى واعلم ان فى قول الزيلعى فيبرأ عن الضمان اشارة الى ان العين المرهونة تكون مضمونة فى يد الموهوب له بمثلها أو قيمتها احترازا عما اذا كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن المضمون بالدين فلابد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة ومضى وقت يتمكن من قبضها الا ان العين وان كانت فى يده مضمونة الا ان هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر غاية عن شرح الاقطع (قوله وهبة الاب الخ) لان قبضه ينوب عنه كذا من له ولاية على الطفل فى الجملة وهو كل من يعوله فدخل الاخ والعم عند عدم الاب لو فى عيالهم تنوير وشرحه وليس المراد من عدم الاب خصوص موته بل ما يشمل غيبته المنقطعة ولو عبر به كما فى البحر لكان أولى لانه حينئذ يعلم الحكم فى الموت بالطريق الاولى والاصل ان كل عقد يتولاه الواحد يكتفى فيه بالايجاب درو ما فى الدرر والزيلعى من قوله لانه وليه فيشترط قبضه قال فى الشرنبلالية حق العبارة فلا يشترط قبضه (قوله وهبت هذا الشئ لابنى) يشير الى ما فى الدرر من انه لابد وان يكون الموهوب معلوما (قوله أو يد مودعه) لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان فى يد الغاصب او المرتهن أو المستأجر حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه زيلعى قال الشيخ شاهين يؤخذ من العلة ان هبة الاب لطفله العين المعارة لا تصح انتهى ووجهه ان المستعير قابض لنفسه كالمستأجر ونحوه قال شيخنا ولم اقف عليه بعد التتبع لكلام الزيلعى والنهاية والعناية والبحر وقاضيخان ثم رأيت فى البزازية صرح بالجواز حيث قال هبته من ابنه الصغير تتم بلفظ واحد ويكون الاب قابضا بكونه فى يده أو يد مودعه أو مستعيره انتهى ووجهه عدم لزومها أى العارية فلا اعتبار بالدلالة مع وجود الصريح انتهى بقى ان يقال شمل اطلاقه ما لو كان الذى وهبه لابنه عبدا آبقا او ارسله فى حاجته قبل عوده فانها صحيحة كما فى البحر لكن يعكر على صحة الهبة فى الآبق ما نقله شيخنا عن منية المفتى حيث قال سقطت لؤلؤة فوهبها لرجل وسلطه على الطلب والقبض فطلب وقبضها فالهبة باطلة لان فى قيامها وقت الطلب خطرا انتهى ووجهه ان الآبق فى وجوده خطر اللهم الا ان يحمل على ما اذا علم وجوده وقت الهبة ثم رأيت فى الدرر ما نصه ويجوز هبة آبق متردد فى دار الاسلام لطفله لان يد المولى باقية عليه حكما القيام يد اهل الدار عليه فتمنع ظهور يده تملكهم ان دخل فيها ولو وهبه بعد دخوله فيها لم يجز وقد مر فى باب استيلاء الكفار انتهى (قوله وكذا اذا وهبت للطفل امه الخ) وكذا كل من يعوله ولمن فى يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه فى صناعة ودخل الملتقط ويملك الصغير بمجرد الهبة والصدقة فى هذا كله كالهبة زيلعى وبحر ويباح لوالديه ان يأكلا من مأكول وهب له وقيل لا بخلاف غير المأكول حيث لا يباح الا لحاجة ويبيع القاضى ما وهب للصغير حتى لا يرجع الواهب فى هبته درو ليس للاب التعويض من مال الصغير بحر (قوله وأبوه ميت) او غائب غيبة منقطعة (قوله وهو الاب أو الجد الخ) أى الاب ووصيه والجد ووصيه على هذا الترتيب ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصغير فى عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم او اجنبيا واذا قبضها الاجنبى أو غيره غير الاربعة ليس له الانفاق منها كذا فى البحر ومقتضاه ان غير الاربعة ليس له الانفاق منها ولو كان وصى القاضى فليراجع (قوله فى حجرهما) بالفتح والكسر والجمع الحجور شيخنا عن الصحاح وحجر الانسان حضنه وهو ما دون ابطه الى الكشح ومعنى كونه فى حجره انه فى كنفه ومنعته حموى (قوله وتتم بقبضه ان عقل) ولو مع وجود ابيه لانه فى النافع المحض كالبالغ حتى لو وهب له اعمى لا نفع له وتلحقه مؤنته لا يصح قبوله والمراد بالعقل هنا

ان

(وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) أى بقوله وهبت هذا الشئ لابنى فلان ولا فرق بين ان يكون هذا الشئ فى يده أو فى يد مودعه وانما قيد بقوله لطفله لانه لو وهب شيئا لابنه الكبير يشترط قبضه وان كان فى عياله ولا يكتفى بقبض ابيه عندنا (و) كذا (اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو فى عيالها وابوه ميت ولا وصى له جازت الهبة (وان وهب له اجنبى تتم بقبض وليه) وهو الاب او الجد ابو الاب عند عدم الاب او وصيهما (و) بقبض (امه واجنبى لو) كان الطفل (فى حجرهما) قيد به لانه لو لم يكن فى حجرهما لا يتم بقبضهما بخلاف الولى حيث لا يشترط كونه فى حجره (و) تم (بقبضه ان عقل)

ان يكون مميزا يعقل التحصيل وصح رده لها كقبوله كما فى البحر واختلف فيما لو قبض من يعوله والاب حاضر فقيل لا يجوز والصحيح هو الجواز على ما اعتمده المصنف فى شرحه درو يجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف هكذا شرح عليه الزيلعى والبحر ولم يوجد فى غالب نسخ الشارح قال الزيلعى واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها فى الصحيح ولو قبض الاب جاز وكذا لو قبضتها ان كانت عاقلة وقيد بالهبة لانه لا يملك قبض ديونها مطلقا ولا يملك المولى قبض ما وهب لعبده المحجور واذا قبضه العبد ملكه المولى لانه كسب عبده وكذا المكاتب لكن لا يملكه المولى لانه أحق باكتسابه بحر وقدمنا كراهة تفضيل بعض الاولاد فى الهبة حالة الصحة الا لزيادة فضل ولو وهب ماله كله لواحد جاز قضاء واثم والمختار التسوية بين الذكر والانثى فى الهبة ولو كان ولدها فاسقا فأراد صرف ماله فى الخير وحرمانه فهذا خير من تركه لان فيه اعانة على المعصية ولا يعطى للفاسق اكثر من قوته ولو اتخذ لولده أو تلميذه شيئا ثم اراد اعطاءه لغيره ليس له ذلك مالم يبين وقت الاتخاذ انه عارية وثياب البدن يملكها بلبسها بخلاف نحو ملحفة ووسادة ووضعوا بين يدى الصبى هدايا الختان فما يصلح له كثياب الصبيان فالهدية له والا فان المهدى من اقرباء الاب او معارفه فللاب وان من اقرباء الام او معارفها فللام سواء قال هذا للصبى اولم يقل ولو قال اهديت للاب اوللام فالقول قوله وكذا زفاف البنت ولا يجوز ان يهب شيئا من مال طفله ولو بعوض بحر ودر والزفاف بكسر الزاى مصدر زففت المرأة ازفها زفا و زفافا نوح أفندى والمراد بالزفاف بعثها الى بيته قهستانى (قوله وان وهب اثنان لواحد دارا صح) لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع عينى (قوله لا عكسه) وهو ان يهب من اثنين كبيرين ولم يبين نصيب كل واحد عند أبى حنيفة لانه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل انه لو قبل أحدهما فيما يقسم صحت فى حصته دون الآخر فعلم انهما عقدان بخلاف البيع فانه لو قبل أحدهما لا يصح لانه عقد واحد قيد بالهبة لان الرهن من رجلين والاجارة من اثنين جائز اتفاقا وقيد بكون الواهب واحدا لانه لو كان اثنين والموهوب له كذلك لا يجوز اتفاقا نهاية وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين لانه لو كان أحدهما كبيرا والآخر صغيرا وهو فى عياله لا تجوز الهبة اتفاقا لانه حين وهب صار قابضا حصة الصغير فبقى النصف الآخر شائعا محيط وقيدنا بعدم البيان لانه لو بين بان قال لهذا ثلثها ولهذا ثلثاها أو لهذا نصفها ولهذا نصفها لا يجوز عند أبى حنيفة وابى يوسف وان قبضها وقال محمد يجوز ان قبضها وقيد بالدار ومراده ما يحتمل القسمة لان ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقا وقيد بكون الموهوب له اثنين لانه لو كان واحدا فوكل اثنين بقبضها فقبضاها جاز خانية كذا فى البحر (قوله وعندهما يصح) لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع فى الرهن أقوى منه فى الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا يقسم أيضا بخلاف الهبة والجواب عنه من طرف الامام فى الزيلعى (قوله وصح تصدق عشرة وهبتها الخ) هذه رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق بين الهبة والصدقة فى الحكم حيث أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والجامع بينهما ان كلا منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق بينهما ان الصدقة يبتغى بها وجه الله وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو أوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفى الاصل سوى بينهما فوجب ان يمنع فى البابين فكان فى المسئلة روايتان وهذا كله قول أبى حنيفة واما عندهما فالهبة من شخصين جائزة فالصدقة اولى عينى وصحح فى الهداية ما ذكره المصنف من الفرق والمراد من نفى الصحة نفى الملك فلو قسمها وسلمها صحت بحر

(باب الرجوع فى الهبة)

ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف (وان وهب اثنان دارا لواحد صح لا عكسه) مشترك بينهما أى لا يصح لو وهب واحد دارا من اثنين عند أبى حنيفة وعندهما يصح (وصح تصدق عشرة) من الدراهم (وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أى لا يصح هبتها للغنيين وقال أبو يوسف ومحمد يجوز كله وانما خص العشرة بالذكر اتباعا لمحمد فانه وضع المسئلة فى الجامع الصغير هكذا

(باب الرجوع فى الهبة)

اذا وهب هبة لاجنبى

بمعنى الموهوب لان الرجوع انما يكون فى حق الاعيان لا فى حق الاقوال ولو وهب الدين من غير من عليه الدين وسلطه على قبضه وقبل وقبض له الرجوع لان الهبة هنا تمليك لا اسقاط حموى واطلق الرجوع فى الهبة فانصرف الى الاعيان فلا رجوع فى هبة الدين للمديون بعد القبول بخلافه قبله لكونه اسقاطا بحر (قوله صح الرجوع) أى وان كره تحريما وقيل تنزيها ولو مع اسقاط حقه فى الرجوع درر ويدخل فى الهبة الهدية فللمهدى الرجوع كما فى المنية شيخنا عن القهستانى وقيد بالهبة لان الصدقة لا يصح الرجوع فيها لان القصد بها الثواب فقد حصل العوض حموى وافاد فى الشرنبلالية انه لا رجوع فى الهبة للفقير لانها صدقة انتهى (قوله من ليس بذى رحم محرم) فخرج به من كان ذا رحم وليس بمحرم ومن كان محرما وليس بذى رحم ولهذا قال فى الدرر ومنه المحرمية بالقرابة واحترز به عن المحرمية بالسبب لا النسب الخ والمراد بمحرمية السبب اما الرضاع او المصاهرة فالمراد من قوله فخرج به من كان ذا رحم يعنى من النسب والا فالاخ من الرضاع لو كان ابن عم يصدق عليه انه رحم محرم كذا ذكره شيخنا والحكم المذكور فى القرابة صحيح ولو مع اختلاف الدين شرنبلالية بل وان كان حربيا كما سيأتى عن القهستانى (قوله وقال الشافعى لا رجوع فيها) لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب فى هبته الا الواهب فيما يهب لولده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أى ما لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم والمراد بما روى ان لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء ولا رضاء الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته الى الانفاق ويسمى ذلك رجوعا نظرا الى الظاهر وان لم يكن رجوعا حقيقة درر أو المراد انه لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو أى لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزا فى الحكم نهاية وقال الزيلعى بعدما أجاب بما اجاب به صاحب الدرر على ان لا نسلم ان الحديث الذى رواه ينافى الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق به ان يرجع فيه الا الواهب فيما يهبه لولده ونظيره قوله عليه السلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه السلام الزانى لا يزنى وهو مؤمن أى لا يليق به ان يكذب أو يزنى وهو مؤمن لانه ينافى صفة الايمان بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا الخ أى قبيح من حيث العادة لا الشرع لان الشرع مكنه من الرجوع وبمذهب الامام الشافعى قال الامام مالك وأحمد فى ظاهر مذهبه ويثب فى الحديث السابق بضم الياء التحتية وفتح الثاء المثلثة مضارع مجهول مجزوم من أثاب يثيب أى عوض عزمى زاده (قوله سبعة أشياء) مأخوذة مما قيل

ومانع عن الرجوع فى الهبه * ياصاحبى حروف دمع خزقه

(قوله حروف دمع) فى هذا المزج تغيير لاعراب المتن الا ان يقال ان المصنف حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فارتفع ارتفاعه ومزج الشارح بيان لاصل ذلك حموى والمعنى التركيبى ان دمعه لكثرته بحال كان اطرافه نصول تجرح وجهه فالحرف الطرف وخزقه نفذ فيه قهستانى (قوله الزيادة المتصلة) ولو زادت قبل الرجوع كما اذا شب الصغير ثم شاخ لانه لا وجه للرجوع فى الموهوب دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد بحر لكن فى الخانية الزيادة لو ذهبت كان له الرجوع واعتمده القهستانى كذا قيل وأقول ما ذكره فى الخانية من ان له الرجوع اذا ذهبت الزيادة صرح به فى البحر أيضا فكان المناسب ذكره لعزوه للبحر بعد قوله لكن فى الخانية الخ بقى ان يقال على ما فى الدر لما اعتمده القهستانى موافقة للخانية بقوله لان الساقط لا يعود وهو صريح فى ان قاضيخان لا يخالف ما ذكره الزيلعى بل يقول بعدم الرجوع أيضا وهو خلاف ما فى البحر عن الخانية فتنبه (قوله كالغرس) كذا السمن والجمال والخياطة والصبغ والقصر فى الثوب وكبر صغير وسماع أصم وابصار اعمى واسلام عبد ومداواته وعفو جناية كذا فى الدر وقوله ومداواته يعنى كان مريضا فداواه بخلاف

(صح الرجوع فيها) أى فى الهبة اما بالقضاء او بالرضى والمراد بالاجنبى ههنا من ليس بذى رحم محرم ولا زوج وقال الشافعى لا رجوع فيها (ومنع الرجوع) فى الهبة سبعة اشياء جمعها المصنف فى حروف (دمع خزقه) فالدال الزيادة المتصلة كالغرس)

ماذا مرض عنده فداواه حيث لا يمتنع الرجوع كما في البحر عن المحيط (قوله بالكسر) وبالفتح كما سبق
(قوله فلا يسقط حق الرجوع) الا في القطعة التي بنى فيها أو غرس زيلعي كذا قيل وأقول ماذكره
الزيلعي مفروض فيما اذا كان البناء او الغرس بقطعة من الارض موجبا لزيادة القيمة فيها فلهذا امتنع
الرجوع في القطعة التي بها البناء والغرس دون غيرها وماذكره الشارح مفروض فيما اذا لم يوجب
زيادة القيمة أصلا بدليل قول الشارح أما اذا لم يزد لمالكه مالية الى قوله لا يعبأ به فكان قوله لا يسقط
حق الرجوع على اطلاقه ومن هنا تعلم ان استثناء القطعة التي بها البناء أو الغرس غير صواب وان أردت
زيادة الايضاح فعليك بمراجعة الشرنبلالية ففيها عن الخانية ماهو نص فيماذكرناه (قوله فانها ليست
بزيادة حقيقة) بالمعنى المتقدم وهو الحقيقة الشرعية بل نقصان نظرا لذلك وان كانت زيادة في العين
حقيقة حموي (قوله من زوج أو فجور) قيد به ليفيد امتناع الرجوع لو كانت الولادة باستيلاد
سيدها الموهوب له لانها به كالزائلة عن ملكه لما ثبت لها من أمومية الولد وهي لا تقبل الفسخ لقوله
عليه السلام اعتقها ولدها كذا ذكره شيخنا تفقها ومنه يعلم خطأ من أفتى بان له الرجوع حين سئل عنه
بمكة ولذا قال السيد الحموي فيه أي في الافتاء بالرجوع تأمل ولم يبين وجهه ووجهه ما قد علمت (قوله
ان يرجع فيها دون الولد) يعني اذا استغنى ولدها قهستاني لكن نقل البرجندي وغيره انه قول أبي
يوسف ولو حبلت ولم تلد هل للواهب الرجوع قال في السراج لا وقال الزيلعي نعم وفي الجوهرة مريض
مديون بمستغرق وهب أمة فمات وقد وطئت ردها مع عقرها هو المختار كذا في الدر وفي اقتصاره على
ذكر الوطء اشارة الى انها لو حبلت لا ترد وهو كذلك فيما يظهر و ينبغي ان يكون من غير خلاف وما سبق
عن السراج والزيلعي من الخلاف ينبغي حمله على ما اذا كان الحبل من غير السيد بدليل ما قدمناه عن
شيخنا من انها بالاستيلاد تصير كالزائلة عن ملكه (قوله وان كانت الزيادة في السعر فله ان يرجع) لانه
لا زيادة في العين (قوله واذا وهب عبدا فعلمه القرآن أو الحرفة الخ) كذا لو علمه الكتابة او كانت أعجمية
فعلمها الكلام أو شيئا من الحروف لا يرجع لحدوث الزيادة في العين كما في البحر وان كانت معنوية لكن
في الزيلعي والعيني ما يخالفه فليراجع (قوله لا يرجع عند أبي يوسف) قال الحموي وهو المختار
كما في الملتقطات (قوله وفي قول زفر يرجع) لان هذه ليست زيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر
وروى الخلاف بالعكس زيلعي (قوله وكذبه الواهب الخ) وفي المحيط لو قال رجل وهب لك مورثي هذا
العبد فلم تقبضه في حياته بل بعد وفاته وقال الموهوب له قبضته في حياته والعبد في يد الوارث فالقول
للوارث لان القبض قد علم الساعة والميراث قد تقدم القبض بحر ومقتضى التقييد بكون العبد في يد
الوارث انه لو كان في يد الموهوب له ان لا يكون القول للوارث بل للموهوب له (قوله فالقول للواهب)
لانه ينكر لزوم العقد زيلعي وذكر في الخانية تفصيلا حسنا وهو ان الزيادة المتولدة ككبر الجارية الصغيرة
اذا انكر الواهب وجودها عند الموهوب له كان القول قوله وأما في البناء والخياطة القول للموهوب له
وهكذا ذكر في المحيط الا انه استثنى ما اذا كان لا يبنى في مثل تلك المدة بحر (قوله موت أحد المتعاقدين)
لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا
انتقل اليهم حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى وبموت الواهب يبطل خياره
لانه وصف وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب وخيار التعيين ولان الشارع
أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب زيلعي هذا اذا مات أحدهما بعد التسليم فلو قبله بطلت ولو اختلفا
والعين في يد الوارث فالقول للوارث كما في الدر وسبق عن البحر قال وقد نظم المصنف ما يسقط بالموت فقال

كفارة دية خراج ورابع * ضمان لعتق هكذا نفقات
كذا هبة حكم الجميع سقوطها * بموت لما ان الجميع صلات

(قوله خذه عوض هبتك) أفاد انه لو وهب له شيئا او تصدق عليه ولم يذكر انه عوض لا يسقط الرجوع

بالكسر (والبناء والسمن) وغيرها مما يوجب زيادة قيمة الموهوب أما اذا لم تزد لمالكه مالية كما اذا بنى دكانا صغيرا أو غرس غرسا لا يعبأ به فلا يسقط حق الرجوع وكذا اذا زاد زيادة توجب نقصانه كالسن الشاخصة فانها ليست بزيادة حقيقة بل هي نقصان معنى فلا تمنع الرجوع ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة أمة فولدت عند الموهوب له من زوج أو فجور الزنى فللواهب ان يرجع فيها دون الولد وان كانت الزيادة في السعر فله ان يرجع واذا وهب عبدا فعلمه القرآن أو الحرفة لا يرجع عند ابي يوسف وفي قول زفر يرجع ولو ادعى الموهوب له انه بنى وكذبه الواهب فالقول للواهب عندنا وعند زفر القول للموهوب له (والميم موت أحد المتعاقدين فاذا مات الموهوب له أو الواهب يمتنع الرجوع من الواهب أو من ورثة الواهب (والعين العوض فان قال) الموهوب له للواهب (خذه عوض هبتك او بدلها او بمقابلتها

قوله كفارة الخ الشطر لا يتزن الا بزيادة الواو في أوله وتشديد الياء في دية وفيه ما فيه الا ان الواو يجوز حذفها اه مصححه

بل لكل منهما ان يرجع فى هبته كذا فى البحر وهو صريح فى عدم الفرق بين الهبة والصدقة فيخالف ماقدمناه من انه اذا كان الموهوب له فقيرا ليس له الرجوع لانها صدقة اللهم الا ان يحمل ماهنا على ان المتصدق عليه غنى فتزول المخالفة لانها حينئذ تكون مجازا عن الهبة (قوله فقبضه) يشير الى انه يشترط فى العوض مايشترط فى الهبة من القبض والافراز فأفاد انه تمليك جديد وان سمى عوضا فدل على انه يجوز باقل من الموهوب من جنسه فى المقدرات ولا يجوز للاب ان يعوض عما وهب للصغير من ماله وان عوض فللواهب ان يرجع لبطلان التعويض شيخنا عن البزازية وقوله من ماله أى مال الصغير والتعليل ببطلان التعويض يفيد ان للاب الرجوع بالعوض وفى الدر عن البحر قال ولو وهب العبد التاجر ثم عوض فلكل منهما الرجوع انتهى ووجهه فى العبد ظاهر لان الهبة تبرع وهو ليس من أهله فاذا ملك العبد الرجوع لبطلان الهبة فكذا الموهوب له الرجوع بالعوض لان التعويض مبنى على الهبة وقد بطلت (قوله والعوض درهم من تلك الدراهم) فالدراهم تتعين فى الهبة والرجوع در عن المجتبى ولو كان الموهوب شيئين فعوضه احدهما عن الجميع ان كان فى عقد واحد لم يكن ذلك عوضا وان كان فى عقدين فى مجلس او مجلسين فعوضه أحدهما عن الآخر فهو عوض فى ظاهر الرواية لان اختلاف العقد كاختلاف العين ودقيق الحنطة يصلح عوضا عنها لكونه حادثا بالطحن وكذا لو صبغ ثوبا من الثياب الموهوبة او خاطه اولت بعض السويق ثم عوضه لان حقه فى الرجوع قد انقطع بهذا الصنع مبسوط والمشهود عليه بالهبة اذا ضمن شهوده بعد رجوعهم لا رجوع له على الموهوب له لحصول العوض وان لم يضمنهم فله الرجوع فتح القدير ولو وهبه جاريتين فولدت احداهما فوهبه الولد امتنع الرجوع لانه ليس له الرجوع فى الولد فصلح عوضا كذا فى البحر ولا بد من تقييد الولادة بكونها من زوج أو فجور كما قدمه الشارح حتى لو كانت من السيد الموهوب له امتنع الرجوع فى المستولدة وان لم يعوضه عنها (قوله وصح من اجنبى) لان الموهوب له لم يحصل له بهذا العوض شئ لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبى كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد زيلعى (قوله بطل حق الرجوع) مطلقا سواء كان بأمر الموهوب له أولا لان العوض سلم له فلم يبق حق الرجوع درر (قوله ثم المتبرع لا يرجع على الموهوب له الخ) وكذا لا يرجع فى عوضه لانه متبرع عن الموهوب له لاسقاط حق الرجوع عليه وذلك جائز درر (قوله وان أمره به الخ) واصل بما قبله والاصل ان كل ما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر باداته مثبتا للرجوع من غير اشتراط الضمان ومالا فلا الا اذا شرط الضمان ظهيرية وحينئذ فلو أمر المديون رجلا بقضاء دينه رجع عليه وان لم يضمن لوجوبه عليه وخرج عن الاصل مالو قال انفق على بناء دارى أو قال الاسير اشترنى فانه يرجع فيهما بلا شرط رجوع در عن كفالة الخانية (قوله رجع الموهوب له على الواهب بنصف العوض) لانه لم يدفعه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات درر وهذا فيما لا يحتمل القسمة اما فيما يحتملها اذا استحق بعض الهبة بطل فى الباقى ويرجع بالعوض حموى (قوله لا حتى يرد ما بقى) لانه يصلح عوضا للكل ابتداء فكذا بقاء لكنه يتخير لانه ما اسقط حقه فى الرجوع الا ليسلم له العوض ومراده العوض الغير المشروط اما المشروط فبادلة فيوزع البدل على المبدل بحر عن النهاية فاذا استحق بعضه يرجع بما قابله من المعوض ومافى الدرر من قوله يرجع بما قابله من العوض صوابه من المعوض كما فى الشرنبلالية ولو استحق جميع العوض فللواهب ان يرجع فى كلها ان كانت قائمة لا ان كانت هالكة كما لا يرجع لو استحق بعد ان زادت الهبة خلاصة ولو استحق جميع الهبة كان له أن يرجع فى جميع العوض ان كان قائما وبمثله ان كان هالكا وهو مثلى وبقيمته ان كان قيميا تنوير وشرحه عن غاية البيان قال العلامة المقدسى يشكل مافى الغاية على مافى قبله من الخلاصة فانه جعل الزيادة مانعة من الرجوع ومافى الغاية لم يجعل الزيادة مانعة من الرجوع انتهى أقول ليس فى عبارة الغاية مايفيد صريحا ان الزيادة غير مانعة غير ان اطلاق عبارته يقتضى ذلك ويمكن

وقبضه الواهب سقط الرجوع) ولو
وهب للواهب شيئا ولم يقل خذ هذا
عوضا عن هبتك او ما شاكله فلكل
واحد منهما ان يرجع اما اذا كانت
الهبة الف درهم اودارا والعوض
درهم من تلك الدراهم أو بيت من
تلك الدار لا يكون ذلك عوضا
وللواهب ان يرجع فى الباقى (وصح
من أجنبى) اى ان عوضه اجنبى
عن الموهوب له متبرعا فقبض
الواهب العوض بطل حق الرجوع
ثم المتبرع لا يرجع على الموهوب له
بما عوضه وان أمره به ما لم يضمن له
الموهوب له صريحا (وان استحق
نصف الهبة رجع) الموهوب
له على الواهب (بنصف العوض
وبعكسه) اى ان استحق نصف
العوض (لا) يرجع الواهب فى الهبة
بشئ (حتى يرد) الواهب (ما بقى) من
العوض فحينئذ يرجع فيها وقال
زفر اذا استحق نصف العوض له ان
يرجع فى الهبة وان كان لا يقبل
القسمة (ولو عوض النصف رجع)
الواهب (بما لم يعوض) الموهوب له

تقييده بعبارة الخلاصة حموى بقى ان يقال ماسبق عن الخلاصة من قوله لا ان كانت هالكة ينبغى ان يقيد عدم الضمان بما اذا لم يكن العوض مشروطا ولم أره (قوله رجع بما لم يعوض) لان التعويض مانع فاذا وجد فى النصف يمتنع بقدره درر ولا يضر الشيوع لانه طارئ (تنبيه) نقل فى المجتبى انه يشترط فى العوض ان يكون مشروطا فى عقد الهبة أما اذا عوضه بعده فلا ولم ارمن صرح به غيره وفروع المذهب مطلقة كما مر فتدبر درر قلت الظاهر ان الاشتراط بالنظر لما سبق من توزيع البدل على المبدل مطلقا وحينئذ فما فى المجتبى لا يخالف اطلاق فروع المذهب فتأمله (قوله خروج الهبة) لانه حصل بتسليط الواهب فلا ينقضه اطلق فى الخروج فشمل ما اذا وهب لانسان دراهم ثم استقرضها منه فانه لا يرجع فيها لاستهلاكها خانية وشمل ما اذا وهبها الموهوب له فانه لا رجوع للواهب الاوّل الا اذا رجع الثانى فللواهب الاوّل الرجوع سواء كان بقضاء اوتراض مبسوط وفى المحيط لو تصدق بها الثالث على الثانى اوباعها منه لم يكن للاوّل ان يرجع لانه عاد اليه بسبب جديد وحق الرجوع لم يكن ثابتا فى هذا الملك فلا يرجع انتهى ومفاده ان العين اذا عادت الى ملك الموهوب له بفسخ كان للاوّل الرجوع واطلق فى الخروج عن الملك فانصرف الى الخروج من كل وجه فلو ضحى الموهوب له بالشاة اونذر التصدق بها وصارت لحما فانه لا يمتنع الرجوع فى الهبة عند ابى حنيفة ومحمد لعدم الخروج عن الملك وقال أبو يوسف بامتناعه لانها خرجت عن ملكه الى الله تعالى حموى عن شرح المجمع وكذا ذبحها عن هدى المتعة والقران لا يمنع الرجوع درعن المجتبى (فرع) عبد عليه دين او جناية خطأ فوهبه مولاه لغريمه اوولى الجناية سقط الدين والجناية ثم لو رجع صح استحسانا ولا يعود الدين والجناية عند محمد ورواية عن الامام كما لا يعود النكاح لو وهبها لزوجها ثم رجع وفى البحر عن الخانية قال وفى رواية يعود النكاح انتهى ولو ذبحها من غير تضحية فله الرجوع اتفاقا تنوير وشرحه واعلم ان صاحب الدرر ذكر مسئلة التصدق بالهبة وبيعها مقيدة بالفقر فى جانب الصدقة وبالغنى فى جانب البيع ونصه ولو تصدق به الثالث على الثانى ان كان فقيرا اوباعه منه ان كان غنيا لم يرجع الاوّل لان هذا ملك جديد الخ قال عزمى زاده لعله انما قيد بالفقر لانه لو كان بدل الصدقة الهبة لا يكون سببا جديدا كذا بخط بعض العلماء انتهى وتعقبه شيخنا بقوله سيأتى فى كلام الدرر ان فى هبة الموهوب له العين الموهوبة للواهب انتقل الملك من الموهوب له الى الواهب ولهذا اشترط قبضه بخلاف الرجوع بالقضاء اوالرضاء فانه فسخ واعادة للملك القديم وحينئذ فلا شك ان الهبة سبب جديد فسقط ما قاله عزمى عن بعض العلماء والظاهر ان قيد الفقر اتفاقى كقيد الغنى فى جانب البيع ولهذا اطلقهما فى البحر عن المحيط فجعله أى فجعل عزمى الصدقة سببا جديدا دون الهبة تبعا لبعضهم تحكم اذ قد تقرر ان كلا منهما تمليك بلا عوض انتهى وما فى الدرر من قولهم فلم يشترط قبضه مفرع على ما ذكره اولا من ان الرجوع بتراض أو حكم قاض فسخ لعقد الهبة من الاصل واعادة للملك القديم يدل عليه تعليله بأن القبض انما يعتبر فى انتقال الملك لا فى عود الملك القديم انتهى فظهر واتضح ان التفرقة التى نقلها عزمى عن بعض العلماء بين الصدقة والهبة بناء على ان التقييد بالفقر احترازى غير صحيح ومما يدل على ذلك أيضا ما ذكره القهستانى اولا حيث جعل خروجها عن ملك الموهوب له مانعا من الرجوع ولو بالهبة أو الصدقة ونصه وخروجها أى الهبة بالبيع والهبة والاعتاق والصدقة ونحوها عن ملك الموهوب له كتبدل العين انتهى ثم ذكر ثانيا بعد نحو صفحة ما هو اصرح من ذلك حيث ذكر ان الواهب الاوّل لا يرجع اذا وصل الموهوب الى الواهب الثانى بهبة اوارث أووصية أوشراء اوغير ذلك كما فى المحيط انتهى وانظر هل يكفى ذبح الهبة عن واجب الاضحية وان رجع فيها الواهب لم أره والظاهر انه يجزيه لان القربة تحصل بالاراقة (قوله كعدم بيع شئ) لان من له حق الرجوع فى الكل يخير بين ان يستوفى الكل أو النصف وكذا له ان يترك الكل والبعض عينى (قوله الزوجية) لانها نظير القرابة فى التواصل بدليل جريان التوارث بينهما فكان المقصود الصلة

قوله رجع بما لم يعوض تقدم هامشه فى آخر الملزمة التى قبل هذه

(والخاء خروج الهبة من ملك الموهوب له) بان باع الهبة او وهب لآخر وبيع نصفها رجع فى النصف أى ان وهب دارا وقبضها الموهوب له ثم باع نصفها فللواهب ان يرجع فى النصف (كعدم بيع شئ) أى ان لم يبع شيئا منها له ان يرجع فى نصفها (والزاء الزوجية)

وقد حصل درر (قوله حقها ان تكتب بالياء الخ) في الزاي خمسة أوجه من العرب من يمدها فيقول
زاء ومنهم من يقول زاي ومنهم من يقول هذه زا فيقصرها ومنهم من ينون فيقول زا وهذا قبح
الوجوه لانه لم يأت اسم على حرف وتنوين ومنهم من يقول زي فيشدد الياء كذا ذكره أبو علي اسماعيل
ابن القاسم عبدون في كتاب المقصور والممدود (قوله ثم نكح رجع الخ) لان المعتبر حالة الهبة
فان كانت اجنبية فيها كان مقصوده العوض فيثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت
حليلته كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة زيلعي وكذا
الحكم اذا وهبت لزوجها ولاجنبي قهستاني (فرع) لا تصح هبة المولى لام ولده ولو في مرضه ولا تنقلب
وصية اذ لا يد للمحجور ام لو وصى لها بعد موته يصح لعتقها بموته فيسلم لها درعن الكافي (قوله لا بالمصاهرة)
فيه قصور فان المحرمية بالرضاع كذلك حموي (قوله لذي رحم محرم) ولو ذميا ومستأمنا بحر عن
المبسوط لكن في القهستاني ولو كان كافرا حربيا كالاصل والفرع انتهى (قوله لانه لو وهب لذي رحم
غير محرم) أراد بالمحرمية المنفية ما كانت من جهة النسب فلا يرد ابن العم اذا كان أخاه من الرضاع (قوله
يرجع عنده) لان الملك لا يقع فيه للقريب من كل وجه بدليل ان العبد أحق بما وهب له اذا احتاج اليه
ولو كان ذا رحم محرم من الواهب فلا رجوع فيها اتفاقا على الاصح لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع
مبسوط ولو عجز قريبه المكاتب فعند محمد لا يرجع خلافا لابي يوسف وان عتق لا رجوع وان كان
مولاه قريبا للواهب رجع بعجز المكاتب أو عتق عند الامام وفي البحر عن الخانية وهب لاخيه ولاجنبي
شيئا فقبضاه كان له الرجوع في نصيب الاجنبي وقوله شيئا يعني مالا يقسم كما في الدرعن الدرر (قوله
وقال أبو يوسف ومحمد لا يرجع في الاول) وفي الثاني يرجع لان الملك يقع للمولى وله ان الهبة تقع للمولى
من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه أحق به ما لم يفضل عن حاجته
فباعتبار احد الجانبين تلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا تلزم فيهما فلا تلزم بالشك ولان الصلة قاصرة
في حق كل واحد منهما زيلعي (قوله صدق بلا حلف) لانه منكر لوجوب الرد عليه فاشبه المودع نوح
أفندي فان قال الواهب هي هذه حلف المنكر انها ليست هذه كما يحلف الواهب ان الموهوب له ليس
بأخيه اذا ادعى ذلك لانه ادعى بسبب النسب مالا لازما فكان المقصود اثباته دون النسب بحر عن الخانية
وفي قوله فكان المقصود اثباته الخ اشارة الى ان النسب لا يثبت بالنكول (تتمة) نقل شيخنا عن
القهستاني انه يصح الرجوع في الفاسدة وان وجد احد الموانع لان المقبوض منها مضمون بعد الهلاك فله
الرجوع قبله انتهى عن العمادي (قوله بتراضيهما الخ) والكلام مشير الى ان الرجوع لا يصح بغيرهما
لكن في الكرماني وغيره انه يصح من الاب حكما ولو كان لا يليق مروءة قهستاني وهو مخالف لما في الدرر
حيث ذكر ما نصه قال صدر الشريعة للوالدان يرجع فانه يتملك للحاجة فتوهم بعض الناس منه ان
للاب ان يرجع فيما وهب لابنه عندنا مطلقا وهو وهم باطل منشؤه الغفلة عن قوله فانه يتملكه للحاجة
فان مراده ما ذكرنا يعني حاجته الى الانفاق حتى لو لم يحتج الاب لم يجز له الاخذ من مال ابنه فان ما توهموا
مخالف لتصريح علمائنا كقاضيخان وغيره ان قرابة الولاد من جملة الموانع انتهى (قوله او بحكم الحاكم)
لانه مختلف فيه فمنهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وهاء لان الواهب ان طالب بحقه فالموهوب له يمنع
بملكه وفي حصول المقصود وعدمه خفاء اذ من الجائز ان يكون مراده الثواب والتودد فعلى هذا لا يرجع
لحصول مقصوده ومن الجائز ان يكون مراده العوض فعلى هذا يرجع فلا بد من الفصل بالقضاء
او الرضاء درر قال في المغرب الوهاء بالمد خطأ وانما هو الوهي وتعقبه في العناية بأن مد المقصور السماعي
ليس بخطأ (قوله نفذ ما صنع الموهوب له) ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم زيلعي (قوله وكذا اذا هلك
في يده بعد القضاء لم يضمن) قبل المنع لان أول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا
بالاستمرار عليه زيلعي (قوله الا ان يمنعه بعد القضاء) وبهذا يستغني عما ذكره السيد الحموي حيث قيد

الزاي بقولها ان تكتب بالياء لتفرق بينها
وبين الراء المهملة والعبرة وقت الهبة
لا بوقت الرجوع (فلو وهب رجل
لاجنبية ثم نكح رجع وبالعكس
لا) أى ان وهب لزوجته ثم ابانها
لا يرجع (و) انتفاء (القرابة) المحرمية
بالرحم لا بالمصاهرة (فلو وهب لذي
رحم محرم منه لا يرجع فيها) قيد به
لانه لو وهب لذي رحم غير محرم كابن
العم له الرجوع (و) فلو وهب ابن
اخيه او لاخيه العبد فلا يرجع عنده
وقال أبو يوسف ومحمد لا يرجع
في الاول (و) الماء الهلاك أى هلاك
الموهوب (فلو ادعاه) أى الموهوب له
هلاك الهبة عند الرجوع (صدق
بلا حلف (وانما يصح الرجوع
بتراضيهما او بحكم الحاكم) بالرجوع
ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب
له أو اعتقه قبل ان يقضي به القاضي
للواهب نفذ ما صنع الموهوب له ولو
منعه بعد الرجوع قبل القضاء فهلك
لم يضمن وكذا اذا هلك في يده بعد
القضاء لم يضمن الا ان يمنعه بعد
القضاء وقد طلبه منه الواهب واذا
رجع بالقضاء او بالرضا

عدم الضمان فيما اذا هلك في يده بعد القضاء بقوله يعني من غير منع (قوله يكون فسخا من الاصل) مرادهم بالفسخ من الاصل ان لا يترتب على العقد اثر في المستقبل لا بطلان اثره اصلا والا لعادت الزوائد المنفصلة المتولدة الى ملك الواهب برجوعه درعن الفصولين (قوله حتى لا يشترط القبض) وصح الرجوع في الشائع ولو كان هبة لما صح وللواهب ردّه على بائعه مطلقا بخلاف الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء لان حق المشتري في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا تنوير وشرحه وقوله وصح الرجوع في الشائع بأن رجع في بعض ما وهب وقوله وللواهب ردّه على بائعه أي بحكم خيار العيب يعني ولم يعلم بالعيب قبل الهبة (قوله لم يرجع على الواهب) لانها عقد تبرع فلا يستحق فيه وصف السلامة والاعارة كالهبة لان قبض المستعير كان لنفسه بخلاف الوديعة والعين المستأجرة لان العقد فيهما يكون للدافع بحر وتنوير وشرحه عن العمادية (قوله فيشترط التقابض في العوضين) لان القبض شرط في الهبة كما مر وكل واحد منهما واهب من وجه عيني (قوله في المجلس) أي مطلقا وان لم يكن باذنه (قوله وتبطل بالشيوع) أي فيما يحتمل القسمة شرنبلالية (قوله بيع انتهاء) هذا اذا كان العوض معلوما فلو جهل كانت هبة ابتداء وانتهاء ولو اتفقا ان الهبة بعوض واختلفا في قدره فقال الواهب الف وقال المعوض خمسمائة والعوض لم يقبض والهبة قائمة خير الواهب ان شاء قبض خمسمائة او رجع في الهبة وان هالكة رجع بقيمته ان شاء أي بقيمة الموهوب الهالك ولو اختلفا في اصل العوض فالقول للموهوب له في انكاره وللواهب الرجوع ان كان قائما ولو مستهلكا فلا شيء عليه ولو أراد الرجوع فقال انا أخوك او عوضتك او انما تصدقت بها علي فالقول للواهب استحسانا وفي اوقاف الناصحي لو وهب الواقف الارض التي شرط الاستبدال بها ولم يشترط عوضا لم يجز وان شرط عوضا فهو كالبيع حموي أخذا من البحر والرمز والذخيرة (قوله فترد بالعيب وخيار الرؤية) والفاء في فترد وفي قوله فيشترط نتيجة ما قبلهما من الكلام عيني (قوله ولا يبطله الشيوع) أي مطلقا سواء كان مما يحتمل القسمة أم لا لان الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند الامام الشافعي وزفر وكذا تظهر ثمرة الخلاف أيضا في خيار الرؤية والرد بالعيب فعندهما يثبتان قبل القبض وعندنا بعده (تتمة) قضى ببطلان الرجوع لمانع ثم زال عاد الرجوع كما لو بنى في الدار الموهوبة وابطل القاضي رجوع الواهب بسبب البناء ثم هدم البناء كان له الرجوع بخلاف ما اذا اشترى عبدا بالخيار ثلاثة أيام فحم العبد في مدة الخيار وخاصم المشتري البائع في الرد وأبطل القاضي حقه في الرد بسبب الحمى في مدة الخيار ليس له الرد ان زالت الحمى ومدة الخيار باقية كذا في الدرر الا قوله ان زالت الحمى ومدة الخيار باقية فاني وجدته لشيخنا بخطه ووجه الفرق بين مسئلة الهبة والبيع ان الحمى في العبد لم يتحقق زوالها لكونها أمرا باطنيا بخلاف زوال البناء واشباهه اذ لا توهم لبقائه بعد زواله شرنبلالية واعلم ان عود الرجوع بعد زوال المانع يشكل بما لو وهب لزوجته ثم أبانها حيث لا يعود حق الرجوع والجواب كما في الشرنبلالية ان المانع من مسئلة الهبة للزوجة مقارن بخلافه في غيرها

(فصل في الاستثناء والتعليق وغيرهما) لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة عناية وقوله وغيرهما أراد به ما ذكره المصنف من قوله والصدقة كالهبة حموي (قوله أو يعوضه شيئا منها) فيه اشكال فانه ان أراد الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به ان يعوضه عنها شيئا من العين الموهوبة فهي تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها زيلعي قال في الدرر مختار الشق الاوّل وقوله فهي والشرط جائزان ممنوع وانما يجوز اذا كان العوض معلوما وأجاب العيني بان قوله على ان يرد شيئا منها لا يستلزم أن يكون عوضا لان كونه عوضا انما هو بالفاظ مخصوصة فيجوز ان يكون ردّا ولا يكون عوضا وأما قوله على ان يعوضه شيئا منها فتصريح بالعوض ولا شك أنهما متغايران بقي ان يقال ما أجاب

يكون فسخا من الاصل فيعود الملك
القديم حتى لا يشترط القبض الواهب
(فان تلفت) العين (الموهوبة
أو استحقها مستحق وضمن) المستحق
(الموهوب له لم يرجع على الواهب
بما ضمن والهبة بشرط العوض) بان
يهب عبده لرجل على ان يهب
الموهوب له عبده له (هبة ابتداء
فيشترط التقابض في العوضين) في
المجلس او بعده باذنه (وتبطل
بالشيوع) فان وهب شقصا مشاعا
بشرط العوض لا يجوز (بيع انتهاء)
حتى لو تقابضا صح العقد وصار في حكم
البيع (فترد بالعيب وخيار الرؤية
وتؤخذ بالشفعة) لو كان عقارا وقال
زفر والشافعي ينعقد بيعا ابتداء
وانتهاء حتى يثبت الملك بمجرد العقد
ولا يبطله الشيوع وذكر الامام
المحبوبي في الجامع الصغير هذا اذا
ذكره بكلمة على فأما اذا ذكره بالباء
بأن قال وهبت منك هذا العبد
بثوبك هذا او بألف درهم فهو بيع
ابتداء وانتهاء كذا في النهاية
(فصل) في الاستثناء والتعليق
وغيرهما (ومن وهب امة الا حملها
أو) وهب امة (على) شرط (ان
يردها) الموهوب له (عليه) بعد حين
أو) على شرط (ان يعتقها او
يستولدها او) وهب (دارا على) شرط
(ان يرد) الموهوب له (عليه شيئا منها
او يعوضه شيئا منها) أي يعطى بعض
الدار الموهوبة عوضا عن كل الدار

به فى الدرر وسبقه اليه صدر الشريعة متعقب فقد ذكر عزمى زاده مانصه يفهم من كلام صاحب الدرر انه اذا وهب دارا بشرط ان يعوضه شيئا معينا منها تصح الهبة والشرط مع انه ليس كذلك فالصواب فى الجواب ان يختار الشق الثانى ولا تكرار لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضى زاده (قوله صحت الهبة فى الصور كلها) لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة درر قال شيخ الاسلام أى التى تفسد البيع مع كونها غير آيلة الى الهبة بشرط العوض كما يظهر ذلك من فتاوى قاضيخان وغيره وذلك كهبة مهرها بشرط ان يحج بها او يحسن اليها او يقطع لها فى كل حول ثوبا مرتين فجعلوا اشتراط نفقة الحج والاحسان لها وقطع الثوب بمنزلة شرط العوض بل جعل بعض المشايخ شرط ترك ظلمها فى هبتها مهرها او شرط المكث معها مثله فى الحكم فحكموا ببطلان هبتها اذا ظلمها ولم يمكث معها وهو المختار وكانه لانتفاعها بهما اشبهها بالعوض فى الجملة وان لم يكونا عوضين حقيقة فكانهم عملوا فيه بالشبهين فأفسدوا الهبة متى لم يحصل النفع المشروط للواهب لشبهه بالعوض فانه لا تتم الهبة اذا لم يحصل العوض وصححوها متى حصل النفع المشروط وان كان مجهولا جهالة فاحشة كترك الظلم المجهول لجهالة مدته لانه ليس بعوض حقيقة وهذا بخلاف الشروط المذكورة فى الكتاب وأما اذا شرط عوضا مجهولا جهالة فاحشة كما اذا شرط ان ينفق على الواهب مايخرج من الارض المراح الموهوبة فالهبة فاسدة مطلقا كما صرحوا به والظاهر ان الفساد لكونه تعليق الهبة بالخطر اذ الخروج موهوم هذا مافهمت من كتب الفتاوى كذا ذكره جوى زاده (قوله وبطل الاستثناء) لانه لا يعمل الا فى محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل فى الحمل لكونه وصفا وكذا الحكم فى كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد والصدقة والعتق بخلاف المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والرهن والكتابة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط وبخلاف الوصية حيث تجوز فى الام دون الحمل وفى الحمل دون الام لان بابها اوسع ولو أعتق حملها ثم وهبها صح لان الجنين غير مملوك له فاشتغال بطنها به لا يوجب الفساد بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق فكانت هبة مشغول بخلاف الاول زيلعى وبحر (قوله وبطل الشرط فى سائر الصور) لانه بعض او مجهول والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة درر وزيلعى قال الحموى وقوله فى سائر الصور أى فى جميع الصور ولا يصح ان يكون سائر هنا بمعنى باقى انتهى يعنى لانه لو أريد سائر بمعنى باقى يلزم صحة الشرط فى بعض الصور وأقول ذكر العينى مانصه وبطل الشرط فى الصور الباقية ولا مانع من صحته لانه يراد بباقى الصور ماعدا الاول من صورة الاستثناء (قوله فهو باطل) لان هبة الدين ممن عليه ابراء وهو تمليك من وجه فيرتد بالرد ولو بعد المجلس على خلاف فيه واسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول الا اذا اوجب انفساخ عقد صرف او سلم والتعليق يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يصح تعليق التمليكات ولا الاسقاطات من وجه او من كل وجه مما لا يحلف به كالعفو عن القصاص وقيد بقوله ان أديت لانه لو قال انت برئ عن النصف على ان تؤدى الى النصف صح لانه ليس بتعليق بل تقييد لان المعلق بعلى هو مابعدها لا ماقبلها بحر وغيره وفى قولهم والتعليق يختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها اشارة الى ان من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها أى لا يقبل التعليق بالشرط كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين عناية (قوله للمعمر حال حياته ولورثته بعده) لقوله عليه الصلاة والسلام من اعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث عينى وقال عليه السلام العمرى لمن وهبت له بحر (قوله فاذا مات المعمر ترد عليه) لا يخفى مافيه من القصور وايهام ماليس مرادا ويصححه قول النقاية وشرحها للقهستانى وهى اى العمرى فى الشريعة جعل داره له أى المعمر له مدة عمره أى المعمر له بشرط ان ترد الدار على المعمر او على ورثته اذا مات المعمر له او المعمر بان قال اعمرتك دارى هذه حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى وبطل فى الشريعة الشرط اى شرط الرد على المعمر او ورثته كما فى الجاهلية

(صحت الهبة) فى الصور كلها (وبطل
الاستثناء) فى الاول (و) بطل (الشرط)
فى سائر الصور (ومن قال لمديونه اذا
جاء غد فهو لك او انت منه برئ او
ان اديت الى نصفه فلك نصفه او
انت برئ من النصف الباقى فهو)
أى كل واحد من هذه الاقاويل (باطل
وصح العمرى للمعمر) بلفظ
المفعول (حال حياته ولورثته بعده
وهى) اى العمرى (ان يجعل) المعمر
(داره له) اى للمعمر (عمره) اى مدة
عمره (فاذا مات) المعمر (ترد عليه
لا الرقبى) اى

فالدار

فالدار للعمر له حال حياته ولورثته بعد وفاته اه باختصار وانما بطل الشرط لانه عليه السلام ابطل شرط المعمر وبطلانه لا يؤثر فى بطلان العقد لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة عناية (قوله ان مت قبلك فهولك) وانما لم يصرح بقوله وان مت قبلى فهو لى احترازا عن سماجة ذكر موته قهستانى بتصرف (قوله أى لا يصح عندهما) لعدم التمليك فى الحال واذا لم تصح هبته فهى عارية لانها تتضمن اطلاق الانتفاع حموى عن الينابيع (قوله خلافا لابى يوسف الخ) وهو الاصح كما فى غاية البيان اعلم ان الخلف لفظى فقول أبى يوسف بجواز الرقبى بناء على انها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعده عدة وقولهما بعدم صحة الرقبى بناء على ان التمليك مضاف الى زمان فلا يصح لعدم التمليك للحال درر فحاصله انه متى وجد تمليك فى الحال واشترط الرد فى المآل يجوز بالاجماع لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان فى المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك فى الحال اجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وبالجملة فقد ورد فى العمرى والرقبى اخبار كثيرة بعضها بالمنع فيهما وبعضها بالجواز فيهما وبالحمل على ما حملناه يحصل التوفيق زيلعى (قوله والصدقة كالهبة) قدم المصنف احكام الهبة على الصدقة لعمومها فى حق المسلم والكافر وكثرة تفاريعها كذا فى المفتاح وهو عكس ما هو المشهور من ان ما كثرت تفاريعه يؤخر لطول الكلام عليه حموى (قوله ولا فى مشاع الخ) فان قلت قد تقدم ان الصدقة لفقيرين جائزة فيما يحتمل القسمة قلت المراد هنا ان يهب لواحد فقط فحينئذ هو مشاع يحتمل القسمة بخلاف الفقيرين لقبضهما معا فلا شيوع بحر (قوله ولا رجوع فيها) لان المقصود هو الثواب وقد حصل قيل عليه ان حصول الثواب فى الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب عندنا خلافا للمعتزلة فلا يقطع بحصوله ويمكن ان يقال المراد به حصول الوعد بالثواب أخى شلبى ولو اختلفا فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له صدقة فالقول للواهب بحر عن الخانية قال واطلقه فشمل ما اذا تصدق على غنى واختاره فى الهداية لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب لكثرة عياله قال الزيلعى وما ذكره من عدم جواز التصدق على غنيين ينافى هذا لانهم هنالك لم يعتبروا فيه وفى الهبة الا حال المتملك حتى اجاز وهما الفقيرين ومنعوهما للغنيين على الصحيح وهو المذكور فى الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه ان يملك الرجوع فى الصدقة على الغنى ولا يملك الرجوع فى الهبة على الفقير انتهى

(كتاب الاجارة)

هى لغة اسم للاجرة أى كراء الاجير وفى المصباح اجرت الدار والعبد من بابى قتل وضرب وآجرت بالمد لغة ثالثة قال الزمخشرى اجرت الدار على افعلت فأنا مؤجر ولا يقال مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال حفيد التفتازانى فى حواشى صدر الشريعة وجه القبح انه يستعمل عرفا فيمن يؤاجر اهله للزنى ثم قال وفيه انه وقع فى صحيح مسلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة حموى (قوله يكون تمليكا بعوض) خطأ صريح لان الهبة تمليك بغير عوض حموى وأقول ما ذكره الشارح بالنظر للهبة بشرط العوض لا مطلقا نعم لو حذف قوله بعوض واكتفى بالاشتراك فى مطلق التمليك كما فى العناية والدرر والبحر لكان أولى (قوله لكن الاجارة تمليك المنفعة) أشار به الى نكتة تقديم الهبة لان الاعيان مقدمة على المنافع عناية (قوله هى بيع منفعة معلومة الخ) وقيل هى تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض زيلعى ولهذا كان المهر عندنا فى مقابلة ملك الاباحة دون المنفعة بدليل انه لو مات أحد الزوجين قبل الدخول لا يسقط المهر ولو كان فى مقابلة المنافع لسقط لانه لم يوجد الانتفاع كما لو تلفت العين المستأجرة شيخنا عن غاية البيان بقى ان يقال ما ذكره الزيلعى من ان النكاح

ان مت قبلك فهولك اى لا يصح
عندهما خلافا لابى يوسف فان عنده
كالعمرى (والصدقة كالهبة فحينئذ
(لا تصح) الصدقة (الا بالقبض)
من المتصدق عليه فى المجلس او بعده
باذنه وعن ابراهيم النخعى والقاضى
شريح فيه روايتان فى رواية تجوز
بدون القبض وفى رواية لا تجوز
وبشرط القبض (ولا) تصح الصدقة
(فى مشاع) يحتمل (القسمة) هذا
يستقيم على رواية الاصل مطلقا
وعلى رواية الجامع الصغير مقيد
بالغنى وانما قيد بالقسمة لان الصدقة
تصح فى مشاع لا يحتمل القسمة كالهبة
(ولا رجوع فيها) أى فى الصدقة

(كتاب الاجارة)

تناسب الكتابين من حيث ان كل
واحد منهما يكون تمليكا بعوض
لكن الاجارة تمليك المنفعة بعوض
(هى بيع منفعة معلومة بأجر معلوم)

ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض موافق لما ذكره سعدى أفندى حيث اعترض على قول الهداية فى تعريف الاجارة هى عقد على المنافع بعوض فقال لو قال تمليك المنافع بعوض لكان أولى لان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض لكن تعقبه قاضى زاده بانه غير سديد اذ لو قال تمليك المنافع لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تمليك لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه كذا بخط شيخنا والمراد بالمنفعة المقصودة من العين حتى لو استأجر اوانى ليتجمل بها أو دابة ليجنبها بين يديه أو دارا لا ليسكنها بل يظن الناس انها له فالاجارة فاسدة ولا أجر له بحر عن الخلاصة وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضى الى المنازعة وهل تنعقد بالتعاطى ظاهر الخلاصة نعم ان علمت المدة وفى البزازية ان قصرت نعم والا لا در وتنعقد باعرتك هذه الدار شهرا بكذا أما العارية فلا تنعقد بلفظ الاجارة حتى لو قال أجرتك هذه الدار بلا عوض كانت اجارة فاسدة لا اعارة واختلف فى انعقادها بلفظ البيع فمنهم من قال تنعقد كالكرخى كما فى الدرر لكن نقل فى الشرنبلالية عن البرهان انه جزم بعدم الانعقاد لان بيع المعدوم باطل الخ وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة والمراد عمل العلة ونفاذها فى المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب والقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلامهم يوهم ذلك والحكم تأخر عن زمان انعقاد العلة الى حدوث المنافع ساعة فساعة لان الحكم قابل للتراخى كما فى البيع بشرط الخيار ثم عقد الاجارة على ما عرف فى الاصول علة اسما لا اضافة الحكم اليه ومعنى لكونه مؤثرا فيه لا حكما لتراخى الحكم عنه بحر عن غاية البيان (قوله وكل ما صلح الخ) أشار بهذا المزج الى عموم ما ونها تصلح سورا للكلية حموى (قوله كالدراهم الخ) كذا العددى المتقارب بشرط بيان الوصف بحر (قوله وهذا لا ينعكس) أى عكسا لغويا أما عكسا منطقيا فينعكس حموى فلا يصح ان يقال كل ما لا يصلح ثمنا لا يصح اجرة بخلاف قوله بعض ما يصح اجرة يصح ثمنا فانه صحيح لان الموجبة الكلية تنعكس موجبة جزئية (قوله فان الثياب الخ) علة لعدم صحة الانعكاس وفيه كلام يعلم بمراجعة الاكملية والتكملة حموى قال شيخنا وقوله فيه كلام هو ان بيع المقايضة ليس فيه الا العين من الجانبين فلو لم يصلح العين ثمنا لكان بيعا بلا ثمن وهو باطل قال فى العناية ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر وليمثل بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع ولا تصلح ثمنا أصلا انتهى ثم اذا كانت الاجرة ثيابا أو عروضا فالشرط بيان القدر والاجل والصفة لانه لا يثبت دينا فى الذمة الا فى السلم فكان لثبوته أصل واحد وهو السلم فلا يجوز الا على شرائطه بخلاف الكيلى والوزنى لان لثبوتهما أصلين القرض والسلم والاجل فى القرض ليس بشرط فان بين جاز كالسلم وان لم يبين جاز كالقرض وهذا كله اذا لم يشر اليها فان اشار فهى كافية ولا حاجة الى بيان القدر والوصف والاجل وان كانت حيوانا فلا يجوز الا ان يكون معينا بحر عن الاسبيجابى (قوله وتصلح اجرة) هكذا وقع فى بعض النسخ وهو الظاهر خلافا لما فى بعضها من قوله وتصلح اجارة حموى (قوله ببيان المدة) وان طالت ولو مضافة كاجرتكها غدا وللمؤجر بيعها اليوم وتبطل الاجارة به يفتى در عن الخانية واستفيد من قوله به يفتى انه على خلاف المفتى به لا تبطل الاجارة به كما فى غير المضافة واعلم ان الاجرة لا تملك فى الاجارة المضافة ولو اشترط التعجيل خانية (قوله أى مدة كانت) بحر أى على انها بدل من قوله على مدة كذا فى الفتاح يعنى وكان تامة وأقول يجوز ان تكون ناقصة وأى بالنصب خبر مقدم والمراد من قوله أى مدة كانت أى مطلقة عن قيد سنة مثلا بعد كونها معينة طالت او قصرت حموى (قوله على ثلاث سنين) كيلا يدعى المستأجر ملكها وأطلقه فشمل الضياع وغيرها وقد أفتى الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث فى الضياع وعلى سنة فى غيرها الا اذا كانت المصلحة فى غيره قال فى المحيط وهو المختار للفتوى وهذا عند عدم شرط الواقف فان نص على شئ وزاد عليه لم يجز وتفسخ فى كل المدة على الراجح الا اذا كانت الزيادة على ما عينه الواقف أنفع

(و) كل (ما صلح) ان يكون (ثمنا) فى البيع (صح) ان يكون (اجرة) فى الاجارة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون وهذا لا ينعكس فان الثياب والاوانى والدواب والعبيد والاماء وغيرهم من الاعيان لا تصلح ثمنا وتصلح اجارة والمنفعة تعلم بامور الاول (ببيان المدة) اى مدة الاجارة (كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة أى مدة كانت ولم تزد) المدة (فى) اجارة (الاوقاف على ثلاث سنين) فى الصحيح وعند الشافعى فى قول لا تصح فى اكثر من سنة واحدة وفى قول تجوز الى سنتين وفى قول تجوز أبدا

فيؤجره القاضى لا المتولى لان ولايته عامة واعلم ان اجارة الوقف لا تصح الا باجرة المثل اوا كثر فلو أجر الناظر بأقل لم يصح ويلزم المستأجر تمام اجر المثل بحر ودرر (تتمة) سئل عن الجهات الخراجية الجارية فى الاراضى المصرية وان الملتزمين واضعون أيديهم عليها وحبسوها عن اوقافها بالالتزام ومافى معناه كالتقسيط ومال الحماية مما يلزم منه حبسها عن أوقافها ويستغلون مالها بأقصى القيم ويدفعون لجهة الاوقاف من المال اوالغلال شيئا قليلا دون أجرة المثل بغبن فاحش ويأخذون الباقى لانفسهم ثم انهم فى هذه السنة التى هى سنة ثلاثة عشر ومائة وألف يدعون الشراقى فى الاطيان والبلدان ويمتنعون من دفع هذا الشئ القليل فهل يسوغ لهم الامتناع او يلزمهم دفع خراج جهات الاوقاف بالتمام والكمال فأجاب شيخنا بما نصه لا يجوز للملتزمين وضع أيديهم على الاوقاف بدون اجارة شرعية بان يكون من نظارها باجر المثل فصاعدا او بما يتغابن الناس فيه وبوضعهم وتصرفهم بالالتزام والحماية بدون الاستئجار ممن له ولاية ذلك صار واغصبة فيضمنون به المنفعة مطلقا استوفوها وعطلوها باجر المثل بالغا ما بلغ مدة وضع أيديهم وما أجروه منها للزراع وقبضوا أجرته برد الى الاوقاف على ما عليه الفتوى والاجر انما يسقط بعدم الرى اذا استأجروه من الناظر للزراعة وأما فى هذه الحادثة فيلزمهم بالحيلولة وبقاء وضع يدهم تعديا أجر المثل لغير الزراعة كما يلزمهم الاجر المسمى لو كانوا قد استأجروها من النظار مقيلا ومراحا فيثاب الحاكم الشرعى على رفع أيديهم عن الاوقاف وتمكين النظار من التصرف فيها بالوجه الشرعى والزامهم تمام اجر المثل عن المدة الماضية حتى فيما استأجروه من النظار بغبن فاحش والله اعلم ثم رأيت بخطه أيضا على سؤال آخر ما نصه الواجب عليهم فيما وضعوا أيديهم عليه من الارضين الموقوفة تعديا ورفعوا أيدى النظار عنها بما ذكر اتمام اجر المثل للسنين الماضية فيما استوفوا منفعته بالزراعة بأنفسهم او عطلوه وأما ما أجروه منها للزراعة وقبضوا أجرته فلا يلزمهم اجر المثل وانما يردون جميع ما قبضوه من المستأجرين لجهات الاوقاف هذا حكم غصبهم فى سنى الرى الماضية وأما حكمه فى هذه السنة التى لم يروفيها بعض الاوقاف ولم يرفعوا أيديهم فأجر مثلها صالحة لغير الزراعة وأما ما استأجروه من النظار بغبن فاحش فالواجب عليهم أيضا تمام اجر المثل وما استأجره بعضهم مقيلا ومراحا قاصدين بذلك لزوم الاجر وان لم يروفالواجب عليهم دفعه عن هذه السنة أيضا قال فى تنوير الابصار واذا أجره المتولى بدون اجر المثل لزم المستأجر تمامه كأب اجر منزل صغيره بدونه ويفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف وغصب منافعه وكذا بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف فيه العلماء انتهى وقال البرهان الطرابلسى فى الاسعاف فى فصل انكار المتولى الوقف وفى غصب الغير اياه ولو استغل الغاصب الارض سنين بالزراعة فالغلة له وعليه قيمة ما نقص من الارض ولا يلزمه اجر مثلها وهذا قول المتقدمين وقال المتأخرون يلزمه أجر مثلها وأجر مثل مال اليتيم وما اعد للاستغلال انتهى والفتوى على قول المتأخرين لما علمت من انه الانفع للوقف ولما يأتى من جزم صاحب الاشباه به ونص عبارته الغاصب اذا أجر ما منافعه مضمونة من مال وقف او يتيم او معد للاستغلال فعلى المستأجر المسمى لا اجر المثل ولا يلزم الغاصب أجر المثل انما يرد ما قبضه من المستأجر ونقل هذه العبارة بحر وفيها تلميذه الغزى فى منح الغفار وأما تقسيط البلاد فقد قال شيخ الاسلام فقيه الطبع العلامة الشرنبلالى انه لم يدخل تحت قاعدة شرعية انتهى ولا يصح جعل الالتزام اجارة لانه عقد ولا تعاطى الان ما يؤخذ منهم وقته ليس أجرة قطعا وقبض الارض بالتخلية وتخلية البعيد باطلة نصوا عليه فى البيع والاجارة بيع المنافع ويظهر ان الالتزام الآن الحادث من زمان قريب عمالة شرعية للعامل مما يحصل ما يكفيه وأعوانه الخ ووافقه على ذلك علماء عصره من اهل المذاهب كالشيخ عبد الحى والشيخ أحمد الدقدوسى والشيخ محمد الزرقانى والشيخ ابراهيم البرماوى والشيخ أحمد المرحومى والشيخ صالح الحنبلى وغيرهم (قوله ثم لو وقتا وقتا لا يعيش اليه أحدهما الخ) يعنى فى المتن كذا بخط شيخنا (قوله قيل لا تصح) لانه فى معنى التأبيد وبه كان يفتى القاضى ابو عصمة زيلعى

ثم لو وقتا وقتا لا يعيش اليه أحدهما غالبا قيل لا تصح

(قوله وقيل تصح) عبارة الزيلعي وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة لكلام المتعاقدين وانه يقتضي التوقيت ولا يقتضي تعيين الوقت انتهى (قوله لا تصح عند مشايخ الخ) هو الصحيح حموى (قوله حتى يبطله) أي يفسخه وهو ظاهر في الصحة وبه صرح في البحر بالعز والى الشمنى (قوله حتى يجوزه) أي يقضي بجوازه فيرتفع الخلاف (قوله ان يعقدوا عقودا متفرقة) كل عقد سنة فيلزم العقد الاول لانه ناجز لا الباقي لانه مضاف فللمتولي فسخه كذا في الدر عن الخانية قال والفتوى على ابطال الاجارة الطويلة ولو بعقود (قوله كالاستئجار على صبغ الثوب الخ) ومنه استئجار الدابة للحمل والركوب اذا بين الراكب وما يحمله والمسافة كما في الزيلعي وفي البحر عن البزازية لابد من بيان الوقت والموضع في استئجار الدابة للركوب حتى لو خلا عنهما فهي فاسدة الخ (قوله وخياطته) لابد من تعيين الثوب ففي المحيط استأجره لقصر عشرة أثواب ولم يرها فالاجارة فاسدة وان سمى جنسها الا انه يختلف بغلظه ورقته بحر (قوله وذكر في بعض الكتب أنه يشترط) وبه جزم الزيلعي حيث ذكر ان المنفعة لا تعلم الا اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه انتهى وقيد في البحر اشتراط بيان قدر الصبغ بما اذا كان مما يختلف (قوله لا تملك بالعقد) لان العقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في جانب البدل الآخر لا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد فلو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها الا انا نقول لا يصح الابراء عند أبي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت في الذمة والجواب على قول محمد انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالعفو عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا تشترط حقيقة الوجوب وانما لم يكن للمرأة حبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه اوفى ما سمى لها برضاها فصار كما اذا أجلت المهر كله زيلعي (قوله ولا يجب تسليمه به) كان الظاهر ان يقال تسليمها حموى ولو ذكره بالفاء تفريعا على ما قبله كما في البحر حيث قال فلا يعتق قريب المؤجر لو كان أجرة ولا يملك المطالبة بتسليمها الحال لكان أولى (قوله عينا كان او دينا) وقيل ان كانت الاجرة عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل وعامة المشايخ رحمهم الله تعالى على ان الصحيح الاول حموى عن الذخيرة (قوله او بشرطه) والمراد انه يستحقها بذلك ولكن لا يملكها الا بالقبض كذا قيل وأقول في الدر عن شرح الوهبانية للشرنبلالي انه يفتى برواية تملكها بشرط التعجيل للحاجة (قوله أي بشرط التعجيل) في غير الاجارة المضافة أما فيها فاشتراط التعجيل باطل ولا يلزمه للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت في المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت (قوله أي باستيفاء المعقود عليه) لتحقق التسوية (قوله او بالتمكن منه) وهذا اذا كانت الاجارة صحيحة أما في الفاسدة فلا يجب الاجر الا بحقيقة الانتفاع وظاهر ما في الاسعاف اخراج الوقف فتجب اجرته في الفاسدة بالتمكن قلت وهل مال اليتيم والمعد للاستغلال والمستأجر في البيع وفاء على ما أفتى به علماء الروم كذلك محل تردد تنوير وشرحه (قوله بان قبض الدار) فلو سلمها بعد مضي بعض المدة فليس لاحدهما الامتناع اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب فيها لاجله فان كان فيها وقت كذلك كبيوت مكة وحوانيتها زمن الموسم خير في قبض الباقي بحر ولو سلمه المفتاح فلم يقدر على الفتح لضياعه ان أمكنه الفتح بلا كلفة وجب الاجر والا لا اشباه وكذا لو عجز عن الفتح بهذا المفتاح لم يكن تسليما لان التخلية لم تصح صيرفية ولو اختلفا يحكم الحال ولو برهنا فبينة المؤجر ذخيرة كذا في الدر ويستثنى من تحكيم الحال ما اذا ادعى المستأجر الشراقي ولهذا أجاب المقدسي بان على المستأجر اثباته لان النزاع وقع بعد فوات أوان الشراقي الذي هو المانع ولا ينظر الى كون الماء منقطعا في ذلك الوقت لان انقطاعه ليس مانعا مطلقا بل في وقت مخصوص وهو وقت الري اذ لو كان المانع هو عدم الماء لكان ذلك موجودا في كل أرض رويت ثم زال عنها الماء

وقيل تصح وفي الوقت لو أجرا أكثر من
ثلاث سنين لا تصح عند مشايخ بلخ
وغيرهم وقال بعضهم يرفع الى الحاكم
حتى يبطله والحيلة في جواز الاكثر انه
يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وقيل ان
يعقدوا عقودا متفرقة كذا في
الذخيرة (أو بالتسمية) أي المنفعة تارة
تعلم بتسمية العمل الذي تصرف اليه
المنفعة وذا ببيان محله (كالاستئجار
على صبغ الثوب وخياطته) وهذا
يشير الى انه لا يشترط بيان قدر
الصبغ وقد نص عليه في كتاب
الاستصناع وذكر في بعض الكتب
انه يشترط حتى لو بين قدر الصبغ
لا يجوز (أو بالاشارة كالاستئجار على
نقل هذا الطعام الى) موضع (كذا
والاجرة لا تملك بالعقد) ولا يجب تسليمه
به عندنا عينا كان او دينا (بل تملك
الاجرة (بالتعجيل) من طرف المستاجر
من غير شرط (او بشرطه) اي بشرط
التعجيل (او بالاستيفاء) اي باستيفاء
المعقود عليه (او بالتمكن منه) أي
من استيفاء المعقود عليه بأن قبض
الدار

انتهى

انتهى (قوله فعليه الاجرة وان لم يسكن) لوجود التمكن من الاستيفاء اقامة للتمكن من الشئ مقام ذلك الشئ (قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد الخ) لانها عقد معاوضة فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد بناء على أصله ان المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين فى الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فكذا فى البدل الآخر فلو ملك الاجرة لملكها بغير بدل فتأخر الملك ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد بل باعتبار ان العين التى هى سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة وهذا اولى مما ذهب اليه الامام الشافعى لان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس الا اقامة السبب مقام المسبب ألا ترى ان الشارع أقام السفر مقام المشقة وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة زيلعى وأشار بقوله والموجود من المنفعة لا يقبل العقد الى ما هو مصرح به من ان العقد اذا أضيف الى المنفعة لم يجز بخلاف ما اذا أضيف الى العين (قوله فان غصب الخ) المراد بالغصب الحيلولة بين المستأجر والعين لان حقيقة الغصب لا تجرى فى العقار در (قوله سقط الاجر) لان تسليم العين انما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم الا اذا أمكن اخراج الغاصب بشفاعة او حماية أشباه ولو أنكر المؤجر ذلك ولا بينة للمستأجر يحكم الحال تنوير وشرحه و يسقط الاجر بغرق الارض قبل زرعها وان اصطلمه آفة سماوية تلزمه الاجر تاما فى رواية عن محمد لانه قد زرعها والفتوى على انه يلزمه اجر ما مضى فقط ان لم يتمكن من زرع مثله فى الضرر شرنبلالية عن البرهان (قوله وذكر فى الهداية ان العقد ينفسخ) واليه يشير كلام المصنف بحر وانظر من أين الاشارة لانه لا تلازم بين وجوب الاجر وقيام العقد كذا ذكره شيخنا ثم ثمرة الاختلاف فى ان الغصب هل يوجب فسخ الاجارة أم لا تظهر فيما اذا زال الغصب قبل انقضاء المدة فعلى القول بعدم الفسخ يستوفى ما بقى من المدة وعليه من الاجر بحسابه (قوله اذا لم يبين الخ) قيد المسئلة فى العزمية بقوله هذا اذا لم تكن الاجرة معجلة أو مؤجلة او منجمة الخ (قوله وللقصار) يقال قصر الثوب بالتخفيف من باب نصر اى دقه ويجوز التشديد أيضا وانى أفندى (قوله بعد الفراغ من عمله) هذا اذا سلمه فلو هلك قبل التسليم فلا اجر له وكذا كل من لعمله أثر وان لم يكن لعمله أثر فكما فرغ له الاجر وان لم يسلم كالحمال والملاح ولو خاط الثوب ففتقه رجل فلا أجر له بل له تضمين الفاتق ولا يجبر على الاعادة وان كان هو الفاتق فعليه الاعادة وهل للخياط أجر التفصيل بلا خياطة قال فى الدر عن الاشباه الاصح لا ثم استدرك عليه بما فى المضمرات من ان المفتى به نعم بقى ان يقال أطلق المصنف فى اشتراط الفراغ من العمل فعم ما لو كان يعمل فى بيته أو فى بيت المستأجر حتى لو لم يفرغ من العمل لا يستحق شيئا من الاجرة على ما فى الهداية والتجريد لكن هذا خلاف المشهور كما فى الشرنبلالية عن البرهان والمشهور انه اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه استحق الاجر بحسابه قال فى الدر وهذا هو المذهب (قوله بعد اخراج الخبز من التنور) هذا اذا كان الخبز فى بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وباخراج البعض بحسابه أما اذا كان خارجا عن بيت المستأجر فلا يستحق الاجرة الا بالتسليم حقيقة زيلعى ودر (قوله له الاجر) لتسليمه بالوضع فى بيته ولا ضمان لعدم التعدى تنوير وشرحه (قوله ولا ضمان على الخباز بالهلاك) عند الكل اذا كان يخبز فى بيت المستأجر لانه هلك بعد التسليم بناء على ان الوضع فى بيت المستأجر تسليم عندهما كذا بخط شيخنا (قوله وذكر القدورى فى شرحه ان على قولهما يجب الضمان) لان العين مضمونة عندهما على الاجير بمنزلة الغاصب فلا يبرأ عن الضمان الا بالتسليم دون الوضع فى بيت المستأجر كما هو الحكم فى المغصوب فذكره بعد قوله ولا ضمان على الخباز بالهلاك عند الكل ليفيد ان عدم الضمان فى احتراقه لا بفعله بعد اخراجه

فعليه الاجرة وان لم يسكن وكذا لو استأجر دابة ليركبها الى مكة فذهب بها الى مكة ولم يركب تجب الاجرة وقال الشافعى تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم الدار والدابة الى المستأجر (فان غصب) المؤجر (منه) أى من المستأجر (سقط الاجر) وهل ينفسخ العقد ذكر الفضلى والقاضى فخر الدين فى الفتاوى انه لا تنتقض الاجارة ولكن يسقط الاجر ما دامت فى يد الغاصب اى لا تنفسخ وذكر فى الهداية ان العقد ينفسخ وان وجد الغصب فى بعض المدة يسقط بقدره (و) من استأجر دارا او ارضا مدة معلومة فيكون (لرب الدار أو الارض طلب الاجر كل يوم و) من استأجر بعيرا فيكون (للجمال) ان يطالبه (كل مرحلة) اذا لم يبين وقت الاستحقاق فان بين بان قال بشرط أن اعطى الاجر بعد شهرين يطالبه بعدهما (وللقصار والخياط) ان يطالبه (بعد الفراغ من عمله وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور فاذا اخرجه) من التنور (فاحترق) من غير فعله (له) أى للخباز (الاجر ولا ضمان) على الخباز بالهلاك عند الكل وذكر القدورى فى شرحه ان على قولهما يجب الضمان

من التنور وهو يخبز في بيت من استأجره قول أبي حنيفة فقط لكونه أمانة لانه قول الكل وهو اختيار القدوري وأما عند غيره فنفى الضمان مجرى على عمومه فوجه عدم الضمان عنده انه لم يهلك من عمله وأما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما قاله في العناية بعد العزو الى النهاية وقوله أما لو احترق أو سقط من يده الخ وعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا كما في الدرر عن غاية البيان لما سيأتي ان العقد يقتضى السلامة كذا بخط شيخنا وهو في تضمينه بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر هداية ولا يضمن الحطب والملح شرنبلالية وغيرها لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه (قوله أما لو احترق) أى في التنور قبل الاخراج (قوله أو سقط من يده) أى فاحترق بسبب سقوطه من يده قبل الاخراج فقوله قبل الاخراج ظرف للفعلين قبله (قوله لا أجر له) أى على كل حال سواء كان في بيت المستأجر والاجير وعليه الضمان لانه جناية يده كذا بخط شيخنا وقوله لا أجر له أى للهلاك قبل التسليم عناية (قوله وللطباخ بعد الغرف) فان أفسد الطعام أو احرقه أو لم ينضجه فهو ضامن ولو دخل بنار ليخبز أو ليطبخ بها فوقعت منه شرارة فاحترق البيت لم يضمن للاذن ولا يضمن صاحب الدار لو احترق شئ من السكان لعدم التعدى تنوير وشرحه عن الجوهرة (قوله للوليمة) اعلم ان الولائم أحد عشر نظمها بعض الفضلاء في قوله

ان الولائم عشرة مع واحد * من عدها قد عز في اقرانه

فالخرس عند نفاسها وعقيقة * للطفل والاعذار عند ختانه

ولحفظ قرآن وآداب لقد * قالوا الحذاق لحذقه وبيانه

ثم الملاك لعقده ووليمة * في عرسه فاحرص على اعلانه

وكذاك مأدبة بلا سبب يرى * ووكيرة لبنائه لمكانه

ونقيعة لقدومه ووضيمة * لمصيبة وتكون من جيرانه

ولاول الشهر الاصم عتيرة * بذبيحة جاءت لرفعة شانه

كذا بخط السيد الحموى (قوله وللبان الخ) بشرط تعيين الملبن فلو لم يعين ولهم ملابن تستعمل على السواء فسدت الاجارة فلو لم يكن لهم الا ملبن واحدا ومتعدد ولكن يغلب استعمالهم لواحد منها صحت قهستانى (قوله ليضرب له لبنا) اللبن بفتح اللام وكسر الباء والكسر مع السكون لغة اسم جمع عند المحققين وجمع عند الاكثرين قهستانى (قوله اذا أقامه عند أبي حنيفة) لان العمل تم بالاقامة ولهما ان التشريج من تمام العمل لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله زيلعى وبقولهما يفتى درعن ابن الكمال معزيا للعيون والاقامة النصب بعد الجفاف والتشريج ان يركب بعضه على بعض بحر عن الجوهرة ومثله في العناية حيث فسر التشريج بتنضيده بأن يضم بعضه الى بعض لكن ذكر العينى ان تشريجه نقله من مكانه فظاهره انه لا يشترط ضم بعضه الى بعض (قوله وعندهما لا يستحقه حتى يشرجه) فلو تلف قبل التشريج تلف من مال المستأجر عنده ومن مال الاجير عندهما قهستانى (قوله بالعد عليه بعد اقامته) زيلعى ولم يشترط المصنف العد في المستصفى تبعا للايضاح والمبسوط وهو الاولى كما في البحر لانه لو سلمه بلا عد كان له الاجر (فروع) الملبن على اللبان والتراب على المستأجر وادخال الحمل المنزل على الحمال وصبه في الجوالق أو صعوده للغرفة الا بشرط وايكاف دابة للحمل لا على المكارى وكذا الحبال والجوالق والحبر على الكاتب واشتراط الورق عليه يفسدها در عن الظهيرية (قوله يحبسها للاجر) هذا اذا كان الاجر حالا أما اذا كان مؤجلا فلا كعمله في بيت المستأجر لتسليمه حكما ويضمن بالتعدى ولو في بيت المستأجر تنوير وشرحه عن الغاية (قوله بالنشا) في القاموس النشا وقد يمد النشاستج معرب حذف شطره وفي المصباح النشا ما يعمل منه الحلواء فارسى معرب وأصله نشاسته فحذف بعض الكلمة فبقى مقصورا ذكره في البارع والصحاح وغيرهما وبعضهم يقول تكلمت به العرب ممدودا والقصر مولد

اما لو احترق او سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له (وللطباخ بعد الغرف) ى من استأجر طباخا ليطبخ له الطعام للوليمة فالغرف عليه أى اخراج المرق من القدر الى القصاع وان استؤجر ليطبخ قدرة خاصة فالغرف ليس عليه للعرف (وللبان بعد الاقامة) أى ان استأجر لبانا ليضرب له لبنا في ملكه فلبنه يستحق الاجر اذا اقامه عند أبي حنيفة وعندهما لا يستحقه حتى يشرجه وهذا اذا ضرب اللبن في ملك المستأجر وان ضربه في ملك نفسه فلا يجب الاجر عنده الا بالعد عليه بعد اقامته وعندهما بالعد عليه بعد التشريج كذا في نظم الزندوستى (ومن لعمله أثر) قائم (في العين) كالصباغ والقصار (يحبسها) الصانع (للاجر) عندنا خلافا لزفر وذكر في الذخيرة ان القصار اذا قصر بالنشا او بياض البيض له حق الحبس

انتهى

انتهى (قوله وان بيض الثوب فقط الخ) يشير الى ان المراد بالاثر عين مملوكة كالنشا والغزالاي مجرد ما يعاين ويرى لكن ذكر فى الدر عن المجتبى ان الاصح الثانى قال فغاسل الثوب وكاسر الفستق والحطب والطحان والخياط والخفاف وحالق رأس العبد لهم حبس العين بالاجر على الاصح انتهى (قوله ليس له حق الحبس فى الاصح) مخالف لما سبق عن الدر معزيا للمجتبى ومثله فى الدرر عن النهاية معزيا للجامع الصغير لقاضيخان حيث قال الاصح ان له حق الحبس على كل حال وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه بالاظهار انتهى فقد اختلف التصحيح (قوله فلا ضمان الخ) لان العين أمانة فى يده وله حق الحبس بالاجرة فلا يكون متعديا ولا يجب له الاجر لهلاك المعقود عليه قبل التسليم زيلعى (قوله ومن لا أثر لعمله الخ) بخلاف رد الآبق حيث يكون له حق الحبس وان لم يكن لعمله أثر فى العين فانه كان على شرف الهلاك فكأنه احياه وباعه منه بالجعل درر (قوله كالجمال) جوز فى النهاية كونه بالحاء المهملة وبالجيم المعجمة قال فى العزمية والاول اولى لان الحمل يجوز ان يقع على الظهر وعلى الدابة فهو اعم من لفظ الجمال بالجيم (قوله لا يحبس للاجر) فلو حبس ضمن ثم هو فى تضمين الحمال بالخيار بين ان يضمنه البدل محمولا وله الاجر او غير محمول ولا اجر له تنوير وشرحه (قوله ولا يستعمل غيره الخ) لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه ولا يستحق به الاجر زيلعى الا الظئر فلها استعمال غيرها بشرط وغيره تنوير وشرحه عن الخلاصة وكذا السلم لان المعقود عليه فيه العين لا العمل فجاز ان يعمل غيره درر واراد بالسلم ما اذا استصنع نحو خف مؤجلا كما فى الشرنبلالية لان مؤجل الاستصناع سلم كما سبق وقيد بقوله ان شرط عمل نفسه لانه لو شرطه اليوم او غدا فلم يفعل فطالبه مرات ففرط حتى سرق لا يضمن واجاب شمس الائمة بالضمان بحر عن الخلاصة قال والمراد من اشتراط العمل بنفسه ان يقول له اعمل بنفسك ولا تعمل بيد غيرك أما اذا قال على ان تعمل فهو من قبيل ما اذا اطلق كما فى المستصفى الخ (قوله وان اطلق له ان يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين عينى (قوله لتخيط لى هذا الثوب) او على ان تخيط (قوله فله ان يستأجر من يعمله) افاد بالاستئجار انه لو دفع لاجنبى ضمن الاول لا الثانى درر عن الخلاصة (قوله فله اجره بحسابه) لانه اوفى بعض المعقود عليه عينى ومعنى قوله فله أجره بحسابه اى فله اجر الذهاب بكماله واجر المجيء بقدر من بقى لان الاجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة قهستانى (قوله قال الفقيه ابو جعفر الخ) مخالف لما فى الزيلعى حيث نقل عن ابى جعفر تقييد المسئلة بما اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجميعهم فاذا مات البعض انتقص اجر الميت من اجر الكل اما اذا لم يكونوا معلومين فلا يكون الاجر مقابلا بجملتهم وهو خلاف ما ذكره الشارح فقد اختلف النقل عن أبى جعفر كذا ذكره بعض الافاضل قلت الظاهر ان أبا جعفر ذكر القيدين غير ان الزيلعى نقل عنه أحدهما والشارح نقل القيد الآخر بقى ان يقال ما ذكره الزيلعى من وجوب الاجر كله اذا كانوا غير معلومين مخالف لما فى القهستانى حيث قال فان جهلوا فسدت الاجارة ووجب اجر المثل انتهى (قوله بان مات الكبار) كان من حقه ان يقدمه على قوله اما لو استوت الخ كذا بخط شيخنا (قوله ولا اجر لحامل الكتاب الخ) لان الاجر انما قوبل بالنقل فيهما وسيلة الى القصد أى وصول الطعام وعلم ما فى الكتاب فبرده نقض المعقود عليه فلا اجر له كما لو فتق الخياط ما خاطه حموى وقوله لحامل الكتاب قيد به لانه لو ذهب بلا كتاب فلا اجر له اتفاقا كذا يستفاد من الشرنبلالية (قوله ليذهب بكتابه) عبر بعضهم بالفظ بدل الكتاب قال الوانى وهو بكسر القاف وتشديد الطاء اسم للكتاب وفى الشرنبلالية قال ومنه قوله تعالى عجل لنا قطنا انتهى أى صحيفة اعمالنا ننظر فيها بيضاوى (قوله فرد الكتاب) فلو تركه ولم يرده استحق اجرة الذهاب اتفاقا شرنبلالية (قوله وعند محمد له اجر الذهاب) أى فى الكتاب لجعله الاجر مقابلة قطع المسافة بخلاف الطعام لان فيه مؤنة زيلعى سواء شرط المجيء بالجواب ام لا كما فى النهاية وغيره فن

وان بيض الثوب فقط ليس له حق
الحبس فى الاصح (فان حبس) الصانع
العين (فضاع) العين (فلا ضمان)
عليه عند ابى حنيفة وعندهما يضمن
ولصاحبه الخيار ان شاء ضمنه قيمته
غير معمول (ولا أجر له) وان شاء
ضمنه قيمته معمولا وله أجر (ومن
لا أثر لعمله) فى العين (كالجمال
والملاح لا يحبس للاجر ولا يستعمل)
الاجير (غيره ان شرط عمل نفسه)
اى ان قال له اجرتك لتخيطه بنفسك
أو بيدك فليس له ان يستعمل غيره
(وان اطلق له ان يستأجر غيره) بان
قال استأجرتك لتخيط لى هذا الثوب
بدرهم فهذا من قبيل اطلاق العمل
عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا
فله ان يستأجر من يعمله (وان
استأجره ليجيء بعياله ومات بعضهم)
أى ان استأجر رجلا ليذهب الى
البصرة ويجيء بعياله فذهب فوجد
بعضهم قد مات (فجاء بمن بقى فله اجره
بحسابه) مطلقا هذا ظاهر الرواية
قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى هذا
اذا قلت مؤنة البعض عن مؤنة الكل
اما لو استوت مؤنتهما بان مات الكبار
مثلا فله الاجر كله (ولا أجر لحامل
الكتاب للجواب) اى ان استأجر
رجلا ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا
ميتا فرد الكتاب على المستأجر فلا أجر
له عندهما مطلقا وعند محمد له أجر
الذهاب وذكر الفقيه أبو الليث قول
أبى يوسف مع محمد وغيره ذكره مع أبى
حنيفة

الظن انه لابد من التقييد بالمجئ بالجواب حتى يتأتى خلاف محمد وان لم يقيد به ينبغي ان يكون له تمام الاجرة عند محمد قهستاني وقال الواني كان اللائق ان يقول في اول المسئلة استأجر رجلا لايصال قط والاتيان بجوابه لانه لو لم يذكر في العقد اتيان الجواب يجب تمام الاجر صرح به في شرح المجمع انتهى (قوله وانما قيد بتبليغ الكتاب الخ) هذا القيد واحد من ستة تعلم بمراجعة الشرنبلالية (قوله لانه لو استأجره لتبليغ الرسالة الخ) لان الاجر بقطع المسافة لانه في وسعه واما الاسماع فليس في وسعه زيلعي وفرق في الشرنبلالية نقلا عن خط المقدسي بان الرسالة لا تخلو عن الاسرار بحيث ان المرسل لا يرضى باطلاع غير الرسول وغير المختوم من الكتاب لا يكون سرا وقال شمس الائمة الحلواني الرسالة والكتاب سواء (قوله ليذهب بطعامه) فاذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن حموي عن البزازية (قوله فلا اجر له) لانه نقض تسليم المعقود عليه عيني (قوله وعند زفر له الاجر) اى في الطعام صرح به الزيلعي وسياق كلام الشارح يدل عليه لان الاجر مقابل بحمله وقد وفى به فلا يسقط الاجر برده بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل ولو استأجره ليدعو له فلانا فذهب اليه فلم يجده له الاجر درر عن الخانية ولو استأجره ليذهب بالكتاب الى بغداد فادعى انه دفع الكتاب اليه اولم يجده وانكر المستأجر ان برهن على دعواه وجب حموي عن البزازية (قوله لانه ان ترك المحمول في ذلك المكان الخ) بان دفع الكتاب او الطعام الى ورثته في صورة الموت او من سلم اليه اذا حضر في صورة الغيبة كذا بخط شيخنا (قوله يستحق أجر الذهاب حامل الكتاب) وهو نصف الاجر المسمى لانه اتى باقصى ما في وسعه وان وجده ولم يوصله اليه لم يجب شئ لانتفاء المعقود عليه درر وتبعه مصنف التنوير وتعقبه المحشون وعولوا على لزوم كل الاجر لكن في القهستاني عن النهاية اذا شرط المجئ بالجواب فنصفه والا فكله وهذا هو التوفيق در (فروع) قال القصار هذا ثوبك وقال المالك ليس هو هذا فالقول للقصار قال القصار رددت عليك الثوب وقال المالك ما رددت لا يصدق الا ببينة لانه يدعي الخروج عن الضمان كذا في الولوالجية أقول ينبغي ان يكون هذا على قولهما اما على قول ابي حنيفة فيصدق بيمينه حموي * دفع له ثوبا ليبيعه على ان له ما زاد على كذا فهو له قال ابو يوسف يكون اجارة ويكون في الثوب بمنزلة الاجير المشترك خانية * طلب ثوبه من القصار فقال دفعته الى رجل ظننت انه لك ضمنه حموي عن الظهيرية وقوله في الخانية يكون اجارة يعني فاسدة اذ ما سماه له من الاجر مجهول فيكون الثمن كله للمالك وللاجير اجر مثله

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها)

ذكر الزيلعي في باب المضارب يضارب انه لو استأجر شخصا باجرة معلومة ليبيع ويشتري شيئا معلوما لا تجوز الاجارة لانه استأجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه والحيلة ان يستأجره للخدمة مدة معلومة ثم يستعمله فيها في البيع والشراء قال شيخنا وهذا باطلاقه شامل للحر والعبد فيخالف ما ذكره في منية المفتي في الاعمال التي تصح الاجارة لها والتي لا تصح رامزا الى الفتاوى السراجية بعلامة س استأجر عبدا ليبيع له ويشتري جاز فلو لحقه دين اخذ المستأجر بذلك ولا سبيل للغرماء على العبد انتهى (قوله والقياس ان لا يجوز ما لم يبين) لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة وجه الاستحسان ان المتعارف فيها السكنى فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط ولانها أي السكنى لا تختلف زيلعي (قوله حال كونه حدادا) مقتضاه ان يقرأ يسكن بفتح الياء من الثلاثي المجرد ويفهم منه عدم اسكانه غيره بالاولى ويجوز ان يكون بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب ما بعده على المفعولية ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالاشارة بحر (قوله او طحانا) قال في البحر والمراد من الرحى غير رحى اليد اما رحى اليد لا يمنع من الطحن عليها وان كان يضر وعليه الفتوى كذا في الخلاصة انتهى وتعقبه شيخنا بان عبارة الخلاصة

وان كان

وانما قيد بتبليغ الكتاب لانه لو استأجره لتبليغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل ولم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغ الرسالة ورجع فله الاجر بالاجماع كذا في شرح الهداية (او بحامل الطعام ان رده للموت) متعلق بالمسئلتين أي ان استأجره ليذهب بطعامه الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا اولم يجد فلانا او وجده لكن لم يدفع اليه فرده فلا أجر له وعند زفر له الاجر وانما قيد بقوله ان رده لانه ان ترك المحمول في ذلك المكان وعاد يستحق أجر الذهاب حامل الكتاب وكل الاجر حامل الطعام بالاجماع

(باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها) بان خالف المستأجر في الاجارة ما اقتضاه العقد (صح اجارة الدور والحوانيت) المعدة للسكنى وان كان (بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس ان لا يجوز ما لم يبين (وله) أي للمستأجر (ان يعمل) فيها (كل شئ) مما لا يضر بالبناء نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع ونحو ذلك وله ان يسكنها في جميع الاحوال (الا انه) اى المستأجر (لا يسكن) حال كونه (حدادا أو قصارا او طحانا)

وان كان يضر يمنع وعليه الفتوى ثم رأيت السيد الحموى ذكر ان مافى البحر عن الخلاصة سقط منه لفظة
يمنع (قوله الابرضا مالكه) يفهم منه انه لو كان وقفا ورضى المتولى بسكناه لا يكون كذلك حموى ولو اختلفا
فى الاشتراط فالقول للمؤجر كما لوانكر اصل العقد وان أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لاثباتها الزيادة
خلاصة وفيها استأجر للقصارة فله الحدادة ان اتحد ضررهما ولو فعل ماليس له لزمه الاجر وان انهدم به
البناء ضمنه ولا اجر لانهما لايجتمعان تنوير وشرحه قيد بالدور والحوانيت لان استئجار البناء وحده
لايجوز فى ظاهر الرواية لانه لا ينتفع به وفى القنية يفتى برواية الجواز اذا كان البناء منتفعا به كالجدران
مع السقف انتهى وفى الخلاصة اذا أجر باكثر مما استأجر تصدق بالفضل الا اذا اصلح فيها شيئا او أجرها
بخلاف جنس ما استأجر والكنس ليس باصلاح وفى الجوهرة أجرها من المؤجر لم يجز سواء كان قبل القبض
او بعده وتنفسخ الاجارة فى الاصح كذا فى البحر وعلى هذا يطلب الفرق بين الاجارة بعد القبض والبيع
حيث يجوز البيع من البائع بعد القبض حموى قلت فى الدر بعد ان عزا للبحر انه لو اجرها من المؤجر لا تصح
وتنفسخ الاجارة على الاصح قال وسيجيء تصحيح خلافه الخ وعليه فلا فرق وفى القنية استأجر حانوتا وقفا
لدق الارز له ذلك ان لم يضر بالبناء وليس لمستأجر الدار الموقوفة ان يجعلها اصطبلا (قوله وصح اجارة
الاراضى للزراعة) لانها منفعة مقصودة وفى فتاوى قارى الهداية لا يجوز اجارة الارض المشغولة بزرع
الغير حيث كان الزرع بحق بان كان باجارة مالم يستحصد الزرع الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل وان كان
بغير حق صحت الاجارة لان الزرع واجب القلع وللمؤجر قدرة على تسليم ما أجره بان يجبره على قلع زرعه ادرك
ام لا لانه لاحق له فى ابقائه انتهى والدار المشغولة بمتاع الساكن الذى ليس بمستأجر تصح اجارتها
وابتداء المدة من وقت التسليم فارغة بحر عن القنية وقوله الذى ليس بمستأجر صادق بالمستعير وبما
اذا كان مستأجرا فانقضت مدة الاجارة وفى التنوير وشرحه اجرها وهى مشغولة بزرع غيره ان كان الزرع
بحق لايجوز مالم يستحصد الزرع لكن لو حصده وسلمها انقلبت جائزة وماسبق عن قارى الهداية من قوله
الا ان يؤجرها مضافة الى المستقبل كان يقول اجرتك ارضى غدا اورأس شهر كذا وليس المراد من اضافة
الاجارة الى الزمن المستقبل مطلقا بل بشرط ان تكون الارض فارغة عند مجيء الزمن الذى اضيفت
الاجارة اليه كذا ذكره شيخنا بقى ان يقال ماسبق عن قارى الهداية من انه لا يجوز اجارة الارض المشغولة
بزرع الغير مالم يستحصد ان كان بحق بان كان باجارة شامل لما لو كانت الاجارة فاسدة كاستئجار ارض
الوقف بدون اجر المثل بناء على مارجحه الخصاف من ان المؤجر بدون اجر المثل لا يكون غصبا ويكون عليه
اجر المثل ويدل عليه مافى الفصل العاشر من العمادية استأجر بدون اجر المثل وزاد غيره وتعد بالزيادة فهو
أحق ثم رأيت فى فتاوى قارى الهداية ان المستأجر اجارة فاسدة اذا زرع يبقى وكذا المساقاة انتهى حموى
عن المقدسى وحينئذ فقوله وان كان بغير حق صحت الاجارة أى بان لم تكن الارض فى يده بطريق
الاجارة اصلا بل بطريق الغصب وكذا لم تكن بطريق الاعارة أيضا حتى لو استعار ارضا فزرعها لا تجوز
اجارتها قبل ان يستحصد الزرع يشير الى ذلك التعليل الذى ذكره حيث علل قوله وان كان بغير حق
صحت الاجارة بقوله لان الزرع واجب القلع الخ لكن اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يلزم
المستعير أجر مثل الارض لما يستقبل (قوله وان لم يشترطهما) الا ان تكون الاجارة فى بلدة فان الشرب
لا يدخل الا بالشرط حموى عن أبى الليث (قوله بخلاف مالو اشترى الخ) لان المقصود منه ملك الرقبة
دون الانتفاع فى الحال ولهذا اجاز بيع الجحش والارض السبخة بخلاف الاجارة فانها تعقد للانتفاع
ولا انتفاع الا بهما زيلعى (قوله مايزرع) بفتح الياء حموى عن المعراج (قوله لا يصح العقد الخ) ويكون
فاسدا للجهالة وتنقلب صحيحة بزرعها ويجب المسمى لارتفاعها كاستئجار ثوب لم يبين لابسه اذا ألبسه
شخصا انقلبت صحيحة بحر وفيه عن القنية استأجر أرضا سنة على ان يزرع فيها ماشاء فله ان يزرع فيها
زرعين ربيعيا وخريفيا واذا لم تمكنه الزراعة فى الحال لاحتياجها الى السقى او كرى الانهار ان امكنه

الابرضا مالكه (و) صح اجارة
(الاراضى للزراعة) وللمستأجر الشرب
والطريق وان لم يشترطهما بخلاف
مالو اشترى أرضا فان الشرب
والطريق لم يدخلا الا بذكر (ان بين
مايزرع فيها) انما قيده به لانه
لايصح العقد حتى يبين مايزرع فيها
لان مايزرع فيها يتفاوت وبعضها
يضر بالارض (او) ان (قال على
ان يزرع ماشاء و) صح اجارة الاراضى
(للبناء والغرس فان مضت المدة
قلعهما) المستأجر ان لم يرض
المؤجر بتركهما (وسلمها) حال كونها
(فارغة) خالية عنهما

الزراعة فى مدّة العقد جاز والالا ويكون الاجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فقط وقيل بما ينتفع به وفيه عن غاية البيان وكما تجوز اجارة الارض للزراعة فكذا لغيرها كطبخ الآجر والخزف وفرع عليه صحة اجارتها مقيلا ومراحا كما هو الواقع فى زماننا قاصدين لزوم الاجر مطلقا شملها الماء وامكنت زراعتها أم لا (قوله لعدم نهايتهما) الا ان يكون فى الغرس ثمرة فتبقى بأجر المثل الى حين الادراك وفى القنية استأجر أرضا وقفا وبنى فيها او غرس ثم مضت مدة الاجارة فللمستأجران يستبقيها بأجر المثل اذا لم يكن فى ذلك ضرر ولو أبى الموقوف عليهم الا القلع ليس لهم ذلك قال فى البحر وبهذا تعلم مسئلة الارض المحتكرة وهى منقولة أيضا فى اوقاف الخصاف انتهى لكنه مخالف لما فى الاسعاف والعمادية من انه اذا كان رفع البناء لا يضر بالوقف يرفعه البانى لانه ملكه ويجبر عليه ولو بنى باذن القيم كان له الرجوع بما انفق على العمارة فى غلة الوقف وهى للوقف انتهى حموى عن المقدسى واقول ماذكره فى الاسعاف والعمادية يحمل على ما اذا كان ابقاء البناء يضر بالوقف فلا يخالف حينئذ ما فى البحر عن القنية والخصاف لانه مشروط بما اذا لم يكن فى ابقائه ضرر بقى ان يقال على ما سبق عن القنية والخصاف لا يحتاج فى ثبوت الخلو الى الحكم به من حاكم مالكى الا على وجه الاحتياط وقد استدل محمد بن محمد بن بلال الحنفى على جواز الخلو باشياء اوضحها ما نقله عن واقعات الضريرى رجل فى يده دكان فغاب ورفع المتولى أمره الى القاضى فأمره القاضى بفتحه واجارته ففعل المتولى ذلك ثم حضر الغائب فهو أولى بدكانه وان كان له خلو فهو احق بخلوه الخ ماذكره فى الفتاوى الخيرية (تتمة) رأيت بخط شيخنا أن الشيخ خير الدين الرملى الحنفى رحل الى مصر سنة سبع بعد الالف ولازم العلماء بالجامع الازهر أخذ عن الشيخ عبد الله النحريرى والسراج الحانوتى والشيخ احمد بن الشيخ امين الدين بن عبد العال وقرأ الاصول على المحبى والنحو على الشيخ أبى بكر الشنوانى ورجع من مصر الى بلده اواسط ذى القعدة سنة ثلاث عشرة وألف انتهى وقوله وقرأ الاصول على المحبى يفيد انه كان معاصرا للجد وللعلامة الشرنبلالى اذ كل منهما أخذ عن المحبى (قوله الان يغرم المؤجر قيمته مقلوعا) هذا هو الموافق لما فى الهداية والوقاية وجامع الفصولين خلافا لما فى الدرر من قوله مستحق القلع قال عزمى زاده والفرق بينهما واضح وفى الشرنبلالية قال ومعرفة قيمته كذلك يعنى مستحق القلع ان تقوم الارض مع الشجر المأمور مالكه بقلعه وتقوم وليس بها هذا الشجر ففضل ما بينهما هو قيمة الشجر قال وانما فسرناه بهذا لان قيمة المقلوع اريد من قيمة المأمور بقلعه لان المؤنة مصروفة للقلع انتهى عن شرح المجمع ويوضحه ما نقله الحموى عن البرجندى حيث قال قيمة مستحق القلع اقل من قيمة المقلوع بمقدار أجرة القلع انتهى (قوله اى قيمة كل واحد منهما) يشير به الى صحة رجوع الضمير بلفظ الافراد الى البناء والغرس باعتبار التقدير المذكور (قوله بمنزلة التفسير) وليس تفسيرا لان التفسير لا يكون بالاعم والملك أعم من الغرم حموى (قوله او يرضى المؤجر بتركه) اعلم ان اشتراط رضا المؤجر بتركه مخالف لما قدمناه عن القنية حيث ذكر ان للمستأجر الاستبقاء بأجر المثل بعد انقضاء مدة الاجارة اذا لم يكن على الوقف ضرر ولو أبى الموقوف عليهما الا القلع ليس لهم ذلك قلت الظاهر ان ماذكره هنا من ان بناء المستأجر اما ان يقلع او يغرم المؤجر قيمته او يرضى بتركه مفروض فيما اذا لم يشترط المستأجر ابقاء العمارة له بعد انقضاء مدة الاجارة وما فى القنية مفروض فيما اذا اشترط ذلك يرشد الى هذا ما نقله فى البحر عن القنية أيضا قبيل قول المصنف والرطبة كالشجرة حيث قال وفى القنية بنى فى الدار المسبلة بلا اذن القيم ونزع البناء يضر بالوقف يجبر القيم عن دفع قيمته للبانى ويجوز للمستأجرين الغرس فى الموقوفة بغير اذن ان لم يضر دون حفر الحياض هذا اذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها اما اذا كان فيجوز الحفر والغرس وبناء الحائط من ترابها لوجود الاذن دلالة انتهى فتحصل ان المستأجر اذا بنى بشرط استبقاء العمارة له باجر المثل بعد انقضاء مدة الاجارة ثبت له حق القرار حيث لا ضرر على الوقف وحينئذ ليس للمتولى تملكه لجهة الوقف الا برضاه وكذا ليس له تكليفه القلع وهذه هى مسئلة الخلو التى اشار

اليها

قوله لعدم نهايتهما هذه العلة ساقطة من نسخ الشارح الموجودة بايدينا ولعلها موجودة فى النسخة التى كتب عليها المحشى عقب قول الشارح فلهما المستأجران لم يرض المؤجر بتركهما فهى علة للقلع وهو ظاهر انتهى نقله مصححه محمد ... مصر

(الان يغرم المؤجر قيمته) اى قيمة كل واحد منهما حال كونه (مقلوعا) ... بمنزلة التفسير ان (يتملكه) المؤجر ... قيمته هذا اذا كان صاحب الغرس والبناء راضيا ... لقوله ان يغرم ... الارض فاما اذا ضر الارض ولم يرض فحينئذ يتملكهما بغير رضاه (او يرضى) المؤجر

اليها فى البحر بقوله وبه تعلم مسئلة الارض المحتكرة واما ماعساه ان يفرق به بين المقامين بأن يقال ماهنا
بالنسبة للاجارة فى الملك فلا يخالف مافى القنية والذى يظهر انه لا يصلح فارقا فان قلت يلزم على التسوية
بين المقامين ثبوت الخلو فى الارض المملوكة قلت لا مانع منه بل فى كلامهم ما يشير اليه ففى الدر من كتاب
الوقف عن قارئ الهداية وشارح الوهبانية وقف البناء بدون الارض صحيح ولو الارض مملوكة على
ماعليه الفتوى انتهى ووجه الاشارة ان قوله ولو الارض مملوكة صادق بما اذا كانت لغير الواقف
كما لا يخفى هذا ما ظهر لى فى هذا المقام ولم أجد من نبه عليه ثم رأيت فى الفتاوى الخيرية من كتاب الوقف
مانصه ذكر فى الاشباه والنظائر فى القاعدة السادسة فى بحث العرف الخاص انه افتى كثير باعتباره قال
فعلى اعتباره ينبغى ان يفتى بان ما يقع فى بعض اسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم و يصير الخلو
فى الحانوت حقاله فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره ولو كانت وقفا الخ فقوله ولو
كانت وقفا صريح فيما ذكرناه من التسوية بين الملك والوقف فى ثبوت الخلو واعلم ان الجدك المتعارف
فى الحوانيت المملوكة ونحوها كالقهاوى ان تعلق بما له حق القرار كالبناء فلا فرق حينئذ بينه و بين
الخلو فى الحكم وان تسمية ما بالملك بالجدك وما بالوقف بالخلو تفرقة اصطلاحية بخلاف ما اذا تعلق الجدك
بما ليس له حق القرار كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والقشة والفوط بالنسبة للحمام ومن هنا
ظهر ان الجدك أعم لصدقه بالخلو وغيره وفى حاشية الاشباه للسيد الحموى فى هذا المقام كلام يطول
ذكره (قوله بتركه) وهذا الترك ان باجر فاجارة والا فاعارة فلهما ان يؤاجراهما الثالث و يقتسما الاجر
على قيمة الارض بلا بناء وعلى قيمة البناء بلا ارض فيأخذ كل حصته درعن المجتبى (قوله والرطبة
كالشجر) المراد بالرطبة ما يبقى أصله فى الارض أبدا وانما يقطف ثمره اوزهره واما اذا كان له نهاية معلومة
كالقثاء والجزر والباذنجان فينبغى ان يكون كالزرع يترك باجر المثل الى نهايته كذا حرره المصنف
فى حواشى الكنز وقواه بما فى معاملة الخانية قلت بقى لو له نهاية معلومة لكنها طويلة كالقصب فيكون
كالشجر كما فى فتاوى ابن الحلبى در (قوله والزرع يترك بأجر المثل الخ) رعاية للجانبين لان له نهاية معلومة
بخلاف موت احدهما قبل ادراكه فانه يترك بالمسمى الى الحصاد وان انفسخت الاجارة لان ابقاءه على
ما كان اولى مادامت المدة باقية اما بعدها فباجر المثل وكذا المستعير بخلاف الغاصب فانه يؤمر بالقلع
مطلقا لظلمه وأجر المثل اما بالقضاء او بعقدهما حتى لا يجب الاجر الا باحدهما بحر عن القنية واستثنى
فى الشرنبلالية ارض الوقف واليتيم والمعد للاستغلال فان وجوب أجر المثل لا يتوقف على القضاء ولا
على العقد (قوله للركوب والحمل) بفتح الحاء كما فى الدرر وفى التقييد بهما اشارة الى انه لو استأجرها
ليجعلها جنيبة بين يديه او ليربطها على باب داره ليراها الناس لا يصح تنوير وشرحه وسبق (تتمة)
الشريك فى الدابة ليس له الانتفاع بدون اذن شريكه بخلاف الانتفاع بالبيت والخادم والارض
اذا كان ينفعها الزرع درعن البحر والفصولين قبيل شركة العقد ومفاده انه بالاذن لاجنبى فى الانتفاع
بالدابة يكون متعديا بالنسبة لحصة الشريك فيضمنها (قوله والثوب للبس) وان ليزين بيته او حانوته
فسدت لما قدمناه من ان هذه منفعة غير مقصودة من العين واذا فسدت فلا أجر وكذا لو استأجر بيتا
ليصلى فيه أو طيبا ليشمه او كتابا ولو شعرا ليقرأه أو مصحفا درعن شرح الوهبانية ويكفى فى استئجاره الثوب
للبس التمكن منه وان لم يلبس كالسكنى تجب الاجرة بنفس القبض وان لم يسكن كما فى الخلاصة بخلاف
ما اذا استأجر دابة ليركبها حيث لا يكفى التمكن حتى لو أمسكها فى منزله فى المصر لا يجب الاجر و يضمن
لو هلكت عمادية ولو استأجرها للحمل فله الركوب وان للركوب لا يحمل عليها وان حمل فلا أجر لان
الركوب يسمى حملا لا عكسه قال فى البحر فالحاصل انهم اتفقوا على ان من استأجرها للحمل له ان يركبها
لكن الرازى قيده بأن لا يجمع بينهما والفقيه عمم (قوله فانه لا يجوز) للجهالة فلو اركبها او ركب بنفسه
وجب عليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد وجه

(بتركه فيكون البناء والشجر لهذا)
أى للمستأجر (والارض لهذا) أى
للمؤجر (والرطبة كالشجر) فى حكم
القلع والترك على حالها (والزرع يترك
بأجر المثل الى ان يدرك) اى ان
استأجر الارض للزراعة فمضت المدة
ولم يدرك ترك بأجر المثل الا ان يدرك
(و) صح اجارة (الدابة للركوب
والحمل) بشرط ان يبين من يركبها او
ما يحمل عليها (و) صح اجارة (الثوب
للبس فان اطلق) بان قال على ان
يركب او يلبس من شاء وهو المراد
بالاطلاق لان يستأجر الدابة
للركوب و يطلقه اطلاقا فانه لا يجوز
نص عليه فى الذخيرة والمغنى وشرح
الطحاوى (اركب والبس من شاء)
ولكن اذا ركب بنفسه او اركبه
واحدا

ليس له ان يركب غيره (وان قيد براكب ولابس) بان قال على ان يركبها فلان او يلبسه فلان (فخالف المستأجر ثم عطب (ضمن ومثله ما يختلف بالمستعمل) كالفسطاط ونحوه حتى لو استأجر فسطاطا فدفعه الى غيره اجارة او اعارة فنصبه وسكن فيه حتى تلف ضمن عند أبى يوسف وعند محمد لا يضمن (وما لا يختلف به من الاعيان (بطل تقييده كما لو اشترط سكنى واحد له ان يسكن غيره فان سمى نوعا) آخر (وقدرا ككر بر له) أى للمستأجر (حمل مثله) فى الضرر (واخف) كالشعير والسمسم (لا اضر) أى ليس له ان يحمل ما هو اضر من البر (كالملح) والحديد وان استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا (وان عطبت بالارداف ضمن النصف) أى ان استأجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها مطلقا سواء كان أخف او اثقل هذا اذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين فان علم انها لا تطيق ذلك يضمن كل قيمتها ولو اردف صبيا لا يستمسك عليها ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا فى الفتاوى ثم المالك بالخيار ان شاء ضمن المستأجر وان شاء ضمن ذلك الرجل فان ضمن المستأجر لا يرجع هو على ذلك الرجل مستأجرا كان او مستعيرا وان ضمن ذلك الرجل رجع هو على المستأجر ان كان ذلك الرجل مستأجرا وان كان مستعيرا لا يرجع و يلزم تمام الاجرة اذا عطبت بعد البلوغ الى المقصد كذا فى الذخيرة

الاستحسان ان المفسد هو الجهالة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء ولا ضمان بالهلاك لانه غير متعد لعدم المخالفة زيلعى (قوله ليس له ان يركب غيره) فيه قصور اذ كان حقه ان يقول ولا ان يركب بنفسه ليكون لفا ونشرا حموى (قوله فخالف) من صور الخلاف ما ذكره فى الخلاصة استأجر دابة ليركب الى مكان كذا فذهب الى مكان آخر فسلمت الدابة او هلكت فلا أجر عليه ولو لم يذهب الى مكان آخر بل الى المكان الذى استأجرها اليه لكن جاوزه ثم ردها اليه بعد المجاوزة فنفقت فهو ضامن قيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جائيا لانه ينتهى العقد بالوصول الى الاول فلا تصير بالعود مردودة الى يد المالك معنى اما اذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب يجرى على اطلاقه والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك وفى الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود قال فى الهداية هذا اصح وقال فى الكافى والاول أصح كذا فى الدرر ووهمه فى الشرنبلالية وذكر انه فى الكافى اعتمد على ما اعتمد عليه فى الهداية فلا مخالفة الخ (قوله ضمن) لان التقييد مفيد لتفاوت الناس فى الركوب واللبس ولا اجر عليه لعدم اجتماعهما لانا جعلناه فعله اتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل بالاجر وكذا لا أجر عليه ان سلم بخلاف ما اذا استأجر حانوتا وقعد حدادا او قصارا حيث يجب عليه الاجر اذا سلم لانه لما سلم تبين انه لم يخالف وانه لا يوهن البناء غاية البيان وفيه نظر اذ تقدم ان الحدادة والقصارة مما يوهن البناء واستفيد من كلام المصنف انه اذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما انه اذا عمم له ذلك وليس له الايداع فى الاول ولو لا ضرورة دون الثانى بحر وحموى (قوله حتى لو استأجر فسطاطا فدفعه الى غيره الخ) يعنى وقد كان قيد بان يستعمله بنفسه حموى (قوله ضمن عند أبى يوسف) وكذا عند أبى حنيفة على ما نقله شيخنا عن المفتاح ووجه الضمان كما فى الدرر تفاوت الناس فى نصبه واختيار مكانه وضرب اوتاده ومحمد جعله كالسكنى فصار كالدار (قوله حمل مثله فى الضرر) بشرط التساوى فى الوزن والواو من قوله فى الدرر له حمل مثله وان تساويا فى الوزن زائدة كما فى الشرنبلالية قال فى الدرر والاصل ان من استحق منفعة فاستوفاها او مثلها او دونها جاز ولو اكثر لم يجز (قوله كالشعير والسمسم) قال بعضهم فيه لف ونشر فيرجع قوله كالشعير الى مثل الحنطة فى الضرر وقوله والسمسم الى قوله اخف وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها حموى ويؤيده ما فى العناية حيث قال اذا كان الشعير والسمسم خمسة أقفزة كانا أقل وزنا فكانا أقل ضررا (قوله أى ليس له ان يحمل ما هو اضر من البر) كالملح وان كان مثلها كيلا لانه أثقل (قوله فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا) لانه ربما يكون اضر بالدابة لان الحديد يجتمع فى موضع من ظهر الدابة والقطن ينبسط على ظهرها درر وانما ذكره مع كونه معلوما مما سبق لان ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون عناية (قوله وان عطبت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمى غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة فى باب الجنايات زيلعى والجناة جمع جان كالبغاة جمع باغ فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما نصفان لانه رب جراحة واحدة اكثر تأثيرا من عشر جراحات عناية (قوله يضمن كل قيمتها) كذا لو حمله الراكب على عاتقه لكون الثقل يجتمع فى مكان واحد وان كانت تطيق حملهما بحر عن النهاية (قوله ضمن ما زاد الثقل) لحمله شيئا آخر ولو من ملك صاحبها كولد الناقة لعدم الاذن درر ومنه يعلم ما فى صدر عبارة البحر من الايهام لان قوله أطلق الارداف فشمل ما اذا أردف خلفه ولد الناقة الذى ولدته بعد الاجارة يوهم ان الواجب ضمان نصف القيمة وكأنه فى البحر اتكل فى دفع هذا الايهام على ما اشار اليه آخر العبارة (قوله ويلزم تمام الاجرة اذا عطبت الخ) أى مع نصف قيمتها أما الاجر

فلانه

فلانه استوفى المنفعة وأما الضمان فلانها تلفت بركوب اثنين احدهما غيرمأذون فيه كما فى الخلاصة والحاصل ان ضمان نصف القيمة بالنظر لركوب غيره ولزوم الاجر بالنظر لركوبه بنفسه فكان الجمع بين الاجر والضمان باعتبارين مختلفين واعلم ان ضمان نصف القيمة محله ماذا كان الرديف غير المستأجر فلو كان هو ضمن الكل ولا اجر لانه صار غاصبا (قوله وبالزيادة على الحمل الخ) هذا اذا حملها المستأجر فان حملها صاحبها وحده فلا ضمان على المستأجر وان حملاها معا وجب النصف على المستأجر ولو كان البر فى جوالقين فحمل كل واحد جوالقا وحده ووضعاه عليها معا او متعاقبا لا ضمان على المستأجر ويجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا بالعقد ومفاد ما فى الغاية انه لا ضمان على المستأجر سواء تقدم او تأخر وهذا هو المعول عليه خلافا لما فى الخلاصة ومشى عليه فى التنوير حيث قال ولا ضمان لو حمل المستأجر أولا ثم رب الدابة وان حملها ربها اولا ثم المستأجر ضمن نصف القيمة انتهى (قوله ضمن مازاد الثقل) ونوقض بما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأجيب بان الطحن انما يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى استعماله الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما الحمل فيكون جملة واحدة (قوله لا تطيقه) قال فى القاموس وقد طاقه طوقا وأطاقه (قوله مخاتيم) فى المغرب المختوم الصاع ويشهد له حديث الخدرى الوسق ستون مختوما كذا بخط شيخنا ووجه الشهادة ان الوسق ستون صاعا كما قدمناه غير مرة (فحمل عليها خمسة عشر مختوما) أى حمل الزيادة مع المسمى معا فلو حمل المسمى وحده ثم حمل الزيادة وحدها ضمن الكل ولم يتعرضوا للاجر اذا سلمت لظهور وجوب المسمى فقط اما ان حمله الجمال بنفسه وحده فلا كلام وأما اذ حمله المستأجر زائدا على المسمى فلان منافع الغصب لا تضمن عندنا ومنه يعلم حكم المكارى فى طريق مكة بحر فلا يستحق شيئا زائدا على المسمى اذا زاد المستأجر على القدر المشروط (قوله يضمن ثلث قيمتها) ويجب كل الاجرة ولا يقال كيف اجتمع الاجر والضمان لانا نقول الاجر فى مقابلة الحمل المسمى والضمان فى مقابلة الزائد كما تقدم نظيره بحر (قوله يضمن جميع القيمة) لان الدابة هلكت بغير المأذون فيه وفى الزيادة من الجنس هلكت بالمجموع زيلعى بتصرف (قوله وقالا لا يضمن الخ) لدخوله تحت مطلق العقد ولابى حنيفة ان الاذن مقيد بوصف السلامة وعلى هذا الخلاف ضرب الاب او الوصى الصغير اذا لم يتجاوز تأديب مثله بخلاف العبد المستأجر حيث يضمن بضربه بالاتفاق لانه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وفى غاية البيان عن التتمة الاصح رجوع الامام الى قولهما والمعلم والاستاذ ليس لهما ضرب الصغير الا باذن الاب والوصى وأما ضرب دابة نفسه ففى القنية عن أبى حنيفة تخاصم فيما زاد على التأديب زيلعى وبحر وللزوج ضرب الزوجة فى مواضع عددها فى البحر (قوله ونزع السرج) فلو استأجره عريانا ليركب خارج المصر فأسرجها لا يضمن اتفاقا وان لركوب فى المصر فان كان من الاشراف لا يضمن اتفاقا وان كان من الاسافل يضمن وقيد بتبديل سرجها باكاف لانه لو بدل اكافها بسرج لا يضمن اتفاقا لانه أخف من الاكاف شرنبلالية عن شرح المجمع وفيه مخالفة لما نقله الحموى عن الخلاصة ونصه استأجرها عريانة فأسرجها وركبها ضمن الخ والوجه يشهد لما فى الخلاصة لانه اذا استأجرها عريانة لم يكن راضيا باسراجها وفى كلام الزيلعى ما يدل عليه (قوله ضمن كل القيمة عند أبى حنيفة اذا هلك) لان الاكاف ليس من جنس سرج الدابة لاختلافهما صورة ومعنى فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد مكان الحنطة درر (قوله وعندهما يضمن الزيادة) لان السرج والاكاف سواء فاذا رضى بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف فيضمن الزيادة بحسابه زيلعى وفى الحقائق عن العيون الفتوى على قولهما انتهى واختلف فى تفسير الزيادة قيل مساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الحمار قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف القيمة وقيل ثقلا حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة أمناء يضمن ثلثى القيمة شرنبلالية عن البرهان (قوله بان اسرج الحمار بسرج

(و) ان عطبت (بالزيادة على الحمل المسمى مازاد) أى اذا استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن مازاد الثقل الا اذا كان حملا لا تطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن قيمتها فلو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت يضمن ثلث قيمتها هذا اذا كانت زيادة الثقل من جنس المسمى أما اذا كانت من غير جنسه يضمن جميع القيمة لا قدر الزيادة فقط كذا فى الاصل (و) ان عطبت (بالضرب والكبح) أى ضرب الدابة وكبحها بلجامها اى جذبها الى نفسه لتقف اذا اسرعت فى السير فعطبت ضمن كل قيمتها عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا (ونزع السرج والايكاف) يعنى اذا اكترى حمارا فنزع السرج واوكفه باكاف لا يوكف بمثله يضمن اجماعا وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمير ضمن كل القيمة عند أبى حنيفة اذا هلك وعندهما يضمن الزيادة (أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) أى نزع سرجه واسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير بان اسرج الحمار بسرج البرذون ضمن كل القيمة وان كان يسرج بمثله لا يضمن الا اذا كان زائدا عليه فى القدر فحينئذ يضمن الزيادة (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا)

البرذون الخ) لانه يعد اتلافا للدابة كمن أبدل الحنطة بالحديد درر (قوله فعطبت ضمن الكل) وان لم تهلك وبلغ فله الاجر استحسانا ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما فى حالتين عينى (قوله أى اذا استأجر رجلا ليحمل له متاعا وعين له الطريق الخ) فيه تأمل لان كلام المصنف فى عطب الدابة المؤجرة لا فى المتاع المستأجر على حمله حموى وتعقب بان كلام المصنف هنا فى المتاع بقرينة قوله وحمله فى البحر وعبارة المصنف مساوية لعبارة الدرر وقد قال فى شرح قوله وسلوك طريق أى يضمن الجمال قيمة متاع بسلوك طريق الخ وأقول ماذكره فى الدرر أحد احتمالين بالنسبة لكلام المصنف وحمل كلام المصنف على الاحتمال الثانى هو المناسب لكلام الشارح حيث ذكر فعل العطب مؤنثا أعنى قوله فعطبت لان تأنيثه يعين ماذكره الحموى من ان كلام المصنف فى عطب الدابة المؤجرة لا فى المتاع أى لا فى عطب المتاع المستأجر على حمله والظاهر ان ماذكره الحموى من التأمل ينبنى على ماوقع فى نسخته من ذكر فعل العطب مجردا عن علامة التأنيث لكن كان المناسب لتأنيث فعل العطب المشعر بان الكلام فى عطب الدابة لا فى عطب المتاع تأنيث فعل الهلاك أيضا الا ان يقال ذكره لتأويل الدابة بالمركوب وماقيل من ان قول المصنف وحمله فى البحر قرينة على ماادعاه غير مسلم لانها مسئلة اخرى لا تعلق لها بما قبلها فتدبر (قوله فلا ضمان عليه اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت) لانه لا فائدة فى تعيينه حينئذ (قوله بان كان الطريق المسلوك اوعر) قال العلامة المقدسى قلت قد يتعين الاوعر لخوف فى السهل اوعكسه فاذا خالف ما الحكم حموى (قوله وحمل فى البحر) اذا قيد بالبر فلو لم يقيد لم يضمن بحر وسيأتى فى كلام الشارح مايشير اليه وهو قوله اى ان استأجر رجلا ليحمل متاعا فى البر الخ ومن هنا يعلم مافى عبارة الدرر من الايهام حيث ذكر المسئلة مطلقة عن هذا القيد وعلل الضمان بقوله لان البحر متلف حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة فى البر لا البحر انتهى وكان الظاهر تعليل الضمان بالمخالفة (قوله أى اذا استأجر ليحمل متاعا فى البر الخ) أشار بهذا التفسير الى ان حمل كلام المصنف على ظاهره غير صحيح لان ظاهره ان الدابة عطبت بالحمل فى البحر وهذا لا وجه له فتدبر حموى (قوله وان بلغ المتاع الخ) لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقى صورة عناية بقى ان يقال ظاهر قول الشارح وان بلغ المتاع الخ تعلقه بقول المصنف وحمله فى البحر فقط وليس كذلك فلو حذف الشارح المتاع او زاد عليه قوله او الدابة لكان اولى ليتعلق بالمسئلة التى قبلها أيضا وهى قوله وسلوك طريق الخ ومافى العينى من ذكر المتاع مع ماصرح به من جعل قوله وان بلغ متعلقا بالمسئلتين يبتنى على أحد الاحتمالين اللذين قدمناهما فى قول المصنف وسلوك طريق الخ (قوله ضمن مانقص من الارض) ولا أجر على المستأجر أما ضمان مانقص فلان الرطبة اعظم ضررا من البر لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر وأما عدم الاجر فلانه صار غاصبا حيث اشغل الارض بجنس آخر درر قيد بزرع الاضر لانه بالاقل ضررا لا يضمن ويجب الاجر كما فى الدرر لانه خلاف الى خير فلم يكن غاصبا (قوله فخاطه قباء الخ) وكذا اذا خاطه سراويل فى الاصح تنوير للاتحاد فى اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد حموى والقباء ماتلبسه الاتراك كما ان القميص فارسى معرب (قوله ان شاء ضمنه قيمة ثوبه الخ) لانهما يتقاربان فى المنفعة لانه يقد وسطه وينتفع به انتفاع القميص ففيه الموافقة والمخالفة فيميل الى اى الجهتين شاء لكن يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو حكم الاجارة الفاسدة درر ومثل الخياط الصباغ اذا خالف فصبغ الاصفر مكان الاحمر فان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وان شاء اخذه واعطاه مازاد الصبغ فيه ولا اجر له ولو صبغ رديئا ان لم يكن فاحشا لا يضمن وان كان فاحشا يضمن قيمة ثوب أبيض ولو قال للخياط اقطع طوله وعرضه وكمه كذا فجاء ناقصا ان كان قدر اصبع ونحوه فهو عفو وان اكثر ضمنه ولو قال ان كفانى قميصا فاقطعه وخطه فقطعه ثم قال لا يكفيك ضمنه ولو قال أيكفينى قميصا فقال نعم فقال اقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن تنوير وشرحه عن الخلاصة (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة الخ)

لان

قوله فعطبت الخ حق هذه القولة التأخير عن التى بعدها كما هو ظاهر مصححه
اه

اى اذا استأجر رجلا ليحمل له متاعا وعين له الطريق فاخذ فى طريق آخر مما لا يسلكه الناس فعطبت ضمن الكل فان كان مما يسلكه الناس فهلك فلا ضمان عليه اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت اما اذا كان بين الطريقين تفاوت بان كان الطريق المسلوك وعرا او ابعد او اخوف مما عينه المالك ضمن كل قيمته (وحمل فى البحر) ضمن (الكل) أى اذا استأجر رجلا ليحمل متاعا فى البر فحمله فى البحر كما يحمل الناس وعطب ضمن الكل قوله الكل يتعلق بالمسائل المذكورة كلها من قوله وبالضرب (قوله (وان بلغ) المتاع الى المقصد (و) قدر (أذن بالبر) الاجر وبزرع رطبة و) أى استأجر أرضا للزرع بها بر افزرعها رطبة ضمن (مانقص) من الارض (ولا أجر) على المستأجر (وبخياطة قباء و) قد (أمر بقميص) أى ان دفع الى خياط ثوبا وأمره ان يخيط قميصا بدرهم فخاطه قباء وعمل بالخلاف فلرب الثوب الخيار (ان شاء ضمنه (قيمة ثوبه) وترك القباء عليه (وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) ان شاء وروى الحسن عن أبى حنيفة انه لا خيار لرب الثوب والخياط ضامن قيمة ثوبه

لان القميص والقباء جنسان فصار غاصبا زيلعي

(باب الاجارة الفاسدة)*

اخرها عن الصحيحة لان الاصل في عقود اهل الاسلام الصحة حموي والفاسد ما كان مشروعا باصله دون وصفه وحكمه وجوب اجر المثل والباطل ما ليس مشروعا أصلا ولا اجر فيه ولا تملك المنافع في الاجارة الفاسدة بالقبض حتى لو قبضها المستأجر ليس له ان يؤجرها ولو اجرها وجب اجر المثل ولا يكون غاصبا وللمؤجر الاول ان ينقض الثانية وفي البيع الفاسد يملك المبيع بالقبض تنوير وشرحه عن البحر معزيا للخلاصة قال وفي الاشباه المستأجر فاسدا لو اجر صحيحا جازت انتهى فما في الاشباه يشير الى ان المنافع في الاجارة الفاسدة تملك بالقبض كالبيع الفاسد وقولهم الباطل ما ليس بمشروع أصلا كما اذا استأجر بميتة او دم اعني ما ليس بمال عند أحد كما تقدم ثم المراد باجر المثل اجر شخص مماثل له في ذلك العمل والاعتبار فيه لزمان الاستئجار كما في وقف الظهيرية ولمكان الاستئجار من جنس الدراهم او الدنانير لا من جنس المسمى ان كان غيره ولو اختلف اجر المثل بين الناس فالوسط والاجر يطيب وان كان السبب حراما قهستاني وفي اجارة الاشباه اجرت دارها من زوجها ثم سكنا فيها فلا أجر قال العلامة المقدسي والفتوى على انه يصح لان سكناها معه لا تمنع التسليم كما في المضمرات انتهى ومثله في الخانية ثمه لا بتبعيتها له في السكنى (قوله يفسد الاجارة الشرط) يعني الخارج عن مقتضى العقد لا مطلقا وقد ضبطه الكرخي فقال ان كان ما وقع عليه عقد الاجارة مجهولا في نفسه أو في اجره أو في مدة الاجارة او في العمل المستأجر عليه فالاجارة فاسدة وكل ما افسد البيع يفسدها بحر وكذا تفسد الاجارة باشتراط طعام العبد او علف الدابة او مرمة الدار او مغارمها او مؤنتها او عشر ارض او خراج على المستأجر واعلم ان ما في الدرر عن الاشباه حيث سوى بين طعام العبد وعلف الدابة هو قول المتقدمين وأما في زماننا فالعبد يأكل من مال المستأجر عادة كما في الشرنبلالية عن الخانية وذكر في البحر تفريعا على ما سبق من ان شرط المغارم ونحوها يفسد الاجارة ان ما يقع في زماننا من اجارة ارض الوقف باجرة معلومة على ان المغارم او كلفة الكاشف او الجرف على المستأجر فاسد وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى الخ وهو مخالف لما ذكره المقدسي من ان أجر المثل في الوقف يجب بالغا ما بلغ قال شيخنا ودار الصبي كالوقف (قوله مثل ان يستأجر الخ) يشير به الى ان مطلق الشرط لا يفسد الاجارة وانما يفسدها الشرط المخالف لمقتضى العقد لانه يفضي الى المنازعة حموي وسبق (قوله واستيفاء المستأجر المنفعة) أي وبعد استيفاء المنفعة فأجر المثل في الفاسدة لا يجب بمجرد التمكن بل لا بد من وجود الاستيفاء بالفعل بخلاف الاجارة الصحيحة حيث يكفي لوجوب المسمى مجرد التمكن لكن ذكر في الاشباه من كتاب الاجارة ما نصه وظاهر ما في الاسعاف وجوب الاجر في الفاسدة بالتمكن اذا كان وقفا (قوله لا يجاوز المسمى) فان كان مساويا لاجر المثل او زاد عليه فأجر المثل وان كان اقل فالمسمى قهستاني الا في الوقف ودار الصبي كما سبق هذا اذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا استأجر باجرة معلومة بشرط ان يعمرها واستثنى الزيلعي ما اذا استأجر دارا على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل بالغا ما بلغ ان سكنها قال في البحر وفيه نظر لان الاجرة ان لم تكن مسماة فهي المسئلة المتقدمة وان كانت مسماة ينبغي ان لا يجاوز المسمى واجاب المقدسي بانه لما شرط عدم السكنى لم يكن راضيا بالمسمى قال الحموي وفيه تأمل فتدبره انتهى ثم ظاهر ما في البحر عن الخلاصة من قوله وان شرط ان يسكنها المستأجر وحده يجوز انتهى اعتبار هذا الشرط وليس كذلك ففي منية المفتي شرط رب الدار على المستأجر ان يسكن وحده له ان يسكن مع نفسه غيره انتهى قال شيخنا فهو صريح في ان شرط السكنى وحده لا يعتبر (قوله وقال زفر والشافعي الخ) لان المنافع متقومة فتجب القيمة بالغة

(باب الاجارة الفاسدة) يفسد الاجارة الشرط) مثل ان يستأجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فلا أجر عليه (وله) أي للآجر (أجر مثله) بعد التسليم واستيفاء المستأجر المنفعة حال كونه (لا يجاوز به) أي بأجر المثل (المسمى) وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ (فان أجر دارا) على شرطانها

مابلغت عند تعذر المسمى ولنا ان المنافع لا قيمة لها في أنفسها عندنا وانما تتقوم بالعقد أو شبهه وان لم تتقوم في انفسها وجب الرجوع الى ما قومت به في العقد وسقط ما زاد عليه لرضاهما باسقاطه درر (قوله اوشبهته وهو العقد الفاسد واني أفندي (قوله كل شهر الخ) كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم كذا بخط شيخنا (قوله صح في شهر فقط) لان كلمة كل دخلت على مجهول فانصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند ابي حنيفة وهما وافقاه في المشهور واجاز العقد في الكل في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل زيلعي (قوله بحضرة صاحبه) وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند ابي يوسف يجوز قياسا على الفسخ بشرط الخيار زيلعي (قوله الا ان يسمى الكل) بان يقول اجرتك داري عشرة اشهر كل شهر بكذا لان المدة صارت معلومة فانتفت الجهالة (قوله وكل شهر سكن ساعة منه صح العقد فيه) لحصول رضاهما بذلك ولم يكن للمؤجر اخراجه الى ان ينقضي ولو فسخ اثناء الشهر لم تنفسخ وقيل تنفسخ اذا خرج الشهر ولو قال في اثناء الشهر فسخت رأس الشهر تنفسخ اذا هل الشهر فيكون فسخا مضافا ولو عجل أجرة شهرين او ثلاثة لا يكون لواحد منهما الفسخ في قدر المعجل اجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد عيني وزيلعي (قوله وفي ظاهر الرواية الخ) وبه يفتى لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما زيلعي (قوله وان لم يسم اجر كل شهر) لان المدة معلومة الا ترى ان اجارة شهر واحد تصح وان لم يسم قسط كل يوم درر (قوله وابتداء المدة وقت العقد) لان الاوقات كلها في حكم الاجارة سواء وفي مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الآجال بان باع الى شهر والايمان بان حلف لا يكلم فلانا شهرا حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم درر (قوله يهل الهلال) بضم الياء وفتح الهاء أي يبصر عناية وقارئ الهداية وجرى عليه نوح افندي وجوز الاتقاني ان يكون على صيغة المبني للفاعل وعلى صيغة المبني للمفعول قال في الجمهرة هل الهلال وأهل ومنع الاصمعي هل وقال لا يقال الا أهل وأهللنا نحن اذا رأينا الهلال كذا بخط شيخنا (قوله اى يوم الغرة) قال الاتقاني فيه نظر بل المراد بحتى يهل الهلال اول الليلة الاولى من الشهر حموي (قوله وعند محمد الخ) لان الاصل في الشهور اعتبارها بالاهلة عند الامكان وقد امكن ذلك في الشهور المتخللة وتعذر في الاول فيكمل بايام الشهر الاخير وله ان الشهر الاول يتم بايام تليه من الشهر المتصل به فيبدأ الشهر الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر المدة كل شهر ثلاثون يوما والسنة ثلاثمائة وستون يوما عيني (قوله وذكر في الذخيرة الخ) عبارتها على ما وجدته بخط السيد الحموي في مسودة شرحه اذا عقد الاجارة على كل شهر بدرهم ان وجدت في وسطه يعتبر الشهر الذي يلي العقد بالايام وكذا كل شهر بعد ذلك بلا خلاف لانهما انما يعتبران بالاهلة اذا علم آخر المدة ليمكن تكميله منه انتهى (قوله وصح اخذ اجرة الحمام) لانه عليه السلام دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس ولا اعتبار بالجهالة لانها لا تفضي الى المنازعة والنساء فيه كالرجال هو الصحيح للحاجة بل حاجتهن اكثر لكثرة اسباب اغتسالهن وكراهة عثمان محمول على ما فيه من كشف العورة درر وزيلعي وفي الاشباه يكره لها دخول الحمام في قول وقيل الا لمريضة او نفساء والمعتمد عدم الكراهة مطلقا قلت ولا شك في زماننا في الكراهة لتحقق كشف العورة در قال الحموي والحمام مؤنث في الاغلب وجمعه حمامات على القياس وفي ذكرى ان اول من وضعه نبي الله سليمان عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والحجام) لانه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى اجرته وقالت الظاهرية لا يحل لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن اجرة عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان وبه قال احمد قلنا انه منسوخ كذا ذكره العيني فان قلت حيث كان الحديث منسوخا فعدم الجواز في عسب التيس وقفيز الطحان مشكل قلت النسخ بالنسبة لكسب الحجام فقط لا مطلقا هذا ما ظهر لي ثم رأيت التصريح به في كلام

(في كل شهر بدرهم صح) العقد (في شهر) واحد (فقط) فتفسد في بقية الشهور ثم اذا تم الشهر الاول فلكل واحد منهما ان ينقض الاجارة بحضرة صاحبه (الا ان يسمى الكل) أى كل شهر عددا فحينئذ يصح (وكل شهر سكن ساعة منه صح) العقد (فيه) اى في ذلك الشهر وهذا هو القياس وقد مال اليه بعض المتأخرين وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر الداخل ويومها وفي الخلاصة وفي الفتاوى الصغرى رجل استأجر دارا للسكنى كل شهر بكذا جاز ولزم في الشهر الذي يليه ولا يلزمه في سائر الشهور بالاجماع (وان استأجرها) اى دارا بعشرة دراهم (سنة صح) العقد (وان لم يسم أجر كل شهر وابتداء المدة وقت العقد) ان لم يسم شيئا وان سمى يعتبر بما سمى (فان كان) العقد (حين يهل) الهلال أى يوم الغرة (تعتبر الاهلة) فشهور السنة كلها بالاهلة (والا) اى وان لم يكن يوم الغرة بان كان في اثناء الشهر (فبالايام) فشهور السنة كلها بالايام ثلاثون يوما عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعن محمد وهو رواية عن أبي يوسف الشهر الاول بالايام والثاني بالاهلة فيكمل الاول ثلاثين يوما بايام الآخر وذكر في الذخيرة اذا استأجر في اثناء الشهر يعتبر الكل بالايام بالاتفاق (وصح أخذ أجرة الحمام والحجام لا أجرة عسب التيس)

الزيلعي فلله الحمد (قوله لا عسب التيس) بسكون السين لان ثمرته المقصودة غير معلومة لانه قد يلقح وقد لا يلقح فهو غرر ولانه لا قيمة لمائه ولان المؤجر التزم ما لا قدرة له على تسليمه حموي عن البرجندي قال شيخنا والتقييد في كلام المصنف بالاجرة للاشارة الى ان المراد بالنهي عن عسب التيس النهي عن اخذ الاجر عليه فكان حراما صرح به الزيلعي والاختيار والتيس في الاصل الذكر من المعز اذا حال عليه الحول قال البرجندي على ما نقل عنه الحموي والمراد به هنا مطلق الفحل وفي استئجار الكلب والبازي للاصطياد روايتان ولو استأجر قردا لكنس بيته يجوز اذا ذكر المدة لانه يعمل بالضرب بخلاف السنور لصيد الفأرة لانه يعمل لنفسه ومحصل ما نقله شيخنا عن شرح المنظومة لابن الشحنة ان الخلاف ثابت في الكل حتى في كلب الحراسة بخلاف مسئلة السنور فانه متفق عليها (قوله وهو ضرابه) ويقال ماؤه كذا في الصحاح وذكر في المجمل ان العسب الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل (قوله عسب الفحل) بابه ضرب (قوله كذا في المغرب) الذي في المغرب المراد بالنهي عن عسب التيس نهيه عن كراء العسب على حذف مضاف انتهى (قوله ولا الاذان الخ) لان القربة تقع عن العامل ولقوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به بخلاف الاستئجار على أداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه وتعليم العلوم الادبية عيني (قوله وتعليم القرآن) اعلم ان المستأجر للختم ليس له ان يأخذ الاجر اقل من خمسة وار بعين درهما شرعيا ٧ الا ان يهب ما فوق المسمى الى خمسة وار بعين درهما بعد العقد عليه او شرط ان يكون ثواب ما فوقه لنفسه فلا يأثم ولو قال اقرأ بقدر ما قدرت من الاجر حين امره بالختم باقل من خمسة وار بعين فقرأ من القرآن ذلك المقدار من الثلث او الربع فلا يأثم مقدسي عن الكواشي والمبسوط قال الحموي قلت واصل المسئلة مخرجة على قول المتأخرين من جواز الاستئجار على الطاعات (قوله ثم المذهب عندنا الخ) ولان القربة اذا صدرت من أهلها وقعت عنه فلا يجوز اخذ الاجرة من غيره عما وقع له قال العلامة المقدسي ويشكل على هذا الحج عن الغير لانه يقع عن الآمر على الصحيح مع ان نية الآمر ليست بشرط وكان العامل عاملا لآمره لا لنفسه مع انه طاعة وعلى قول محمد لا يقع له الا ثواب النفقة يبقى الاشكال بان ثوابه وقع لغير الفاعل مع انه قربة فيشكل على قولهم القربة متى وقعت يقع ثوابها لفاعلها لا لغيره انتهى قال الحموي هذا البحث ذكره قاضي زاده مع زيادة انتهى قلت ولا خصوصية للحج عن الغير اذ غيره من الطاعات كذلك بناء على ما ذهب اليه أئمتنا من ان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره (قوله بخلاف الاستئجار على الصلاة والصوم) فانه لا يصح اتفاقا أما عندنا فلعدم جواز النيابة واما عند الامام الشافعي فلتعين اقامتهما عليه (قوله أو الكتابة) عطف الكتابة على الخط من عطف التفسير (قوله أو الشعر) عطفه على ما قبله من عطف الخاص على العام حموي (قوله والفتوى اليوم الخ) لانه ظهر التواني في الامور الدينية وقالوا انما كره المتقدمون ذلك لانه كان للمسلمين عطيات من بيت المال وكان للناس رغبة في التعليم حسبة ولم يبق ذلك ثم ان صحت الاجارة بضرب المدة وجب المسمى والا فأجر المثل عناية ودر (قوله لتعليم القرآن) او قراءته واختلفوا في الاستئجار على قراءة القرآن على القبر مدة معلومة والمختار انه يجوز كذا في الجوهرة وقال في القنية بنى مقبرة ووقف عليها ضيعة وشرط ان ثلاثة ارباعها للمتفقهة والربع على مصالح المقبرة من الكنس وفتح الباب وغلقه وعلى من يقرأ عند قبره وجعل آخره للفقراء قال يحل لمن يقرأ عند قبره أخذ هذا المرسوم وقال بعضهم ان كان القارئ معينا يجوز والا فلا الخ قال شيخنا وقد وضحه صاحب البحر في كتاب الوقف (قوله يجبر الاب) ولو بالحبس به بفتي تنوير وشرحه (قوله على الحلوة) هي ما يهدى للمعلم على رؤس بعض سور القرآن سميت بها لان العادة اهداء الحلوة در (قوله وذكر في الخانية وأجمعوا الخ) أي المتقدمون فلا يخالف ما استحسنه المتأخرون الى هذا اشار شيخنا وكذا لو استأجر مصحفا او كتابا ليقرأ فيه فقرأ لم يجز ولا اجر له لان القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لا من الكتاب فصار كما لو استأجر شيئا لينظر اليه شيخنا عن الاختيار (قوله

٧ قوله الا ان يهب الخ في بعض
النسخ زيادة قوله هذا اذا لم يسم شيئا
من الاجر قبل قوله الا ان يهب ويظهر
ان هذه الزيادة غير ظاهرة اهـ مصححه

وهو ضرابه يقال عسب الفحل الناقة
يعسبها عسبا اذا قرعها كذا في المغرب
(و) لا أجرة (الاذان والحج والامامة
وتعليم القرآن والفقه) وصورة المسئلة
ان يقول استأجرتك بكذا على ان تحج
عني او ان تؤذن اما اذا أمره بالحج أو
الاذان من غير ذكر الاجارة فيجوز
كذا في الاصيلي ثم المذهب عندنا
ان كل طاعة يختص بها المسلم
فالاستئجار باطل بخلاف بناء المساجد
والقناطر وعند الشافعي وكل
ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار
على ذلك صحيح بخلاف الاستئجار على
الصلاة والصوم وتخصيص تعليم القرآن
والفقه يشير الى انه لو استأجر لتعليم
الخط أو الكتابة أو علم الادب أو الشعر
أو الحساب أو الطب جاز (والفتوى
اليوم على جواز الاستئجار لتعليم
القرآن) وكذلك نفتي اليوم بجواز
الاجارة على تعليم القرآن والفقه قال
مشايخنا يجبر الاب على دفع الاجر الى
الاستاذ وكذا يجبر على الحلوة المرسومة
وقال الامام أبو محمد الخيزاخزي يجوز
في زماننا للامام والمؤذن والمعلم أخذ
الاجرة كذا في الذخيرة والروضة
وذكر في الخانية وأجمعوا على ان
الاستئجار على تعليم الفقه باطل

(ولاتجوز) الاجارة (على الغناء والنوح
والملاهى) كالمزمار والطبل (وفسد
اجارة المشاع) مطلقا فيما يقسم وفيما
لا يقسم عند ابى حنيفة وزفر (الا
من الشريك) وعندهما يجوز وهو
قول الشافعى وروى الحسن عن أبى
حنيفة انه لا يصح من الشريك ايضا
والفتوى على قولهما كذا فى المغنى
والحيلة فى جواز ذلك على قول الكل
ان يعقد العقد على الكل اولا ثم
يفسخان العقد فى بعضه بقدر ما يتفق
عليه العاقدان وهذا جائز اتفاقا
كذا فى الاصلى (وصح استئجار الظئر

ولا تجوز الاجارة على الغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب الاجر وان اعطاه الاجر وجب رده و فى المحيط اخذ الاجر من غير شرط يباح لانه عن طوع من غير عقد وكذا لا تجوز الاجارة على الحداء او قراءة الشعر والطبل انما يكون منهيا اذا كان للهو فلو لغيره كطبل الغزاة والعرس والقافلة فلا بأس به عينى والحداء سوق الابل والغناء بها والغناء من السماع بالكسر والمد واما المقصور فهو اليسار كما فى الصحاح واما بالفتح مع المد فهو النفع كذا بخط شيخنا ونقل عن المصباح ما نصه الغناء ككتاب وقياسه الضم لانه صوت وقال ناحت المرأة على الميت نوحا من باب قال والاسم النواح وربما قيل نياح بالكسر فهى نائحة انتهى وغنى بالتشديد ترنم بالغناء والنوح البكاء على الميت وتعديد محاسنه ذكره البرجندى ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد ولو استأجر القاضى رجلا ليقوم فى مجلس القضاء و يقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز زيلعى وذكر الكرخى انه اذا ذكر مدة فى استئجاره للحدود والقود جاز واليه مال شمس الائمة وفرق بانه اذا لم تذكر كان عقدا على عمل مجهول ولا يدرى ايوجد ام لا وبذكرها يكفى تسليم النفس حموى (قوله وفسد اجارة المشاع) بان يؤجر نصيبا من دار مشتركة من غير شريكه او من أحد شريكيه درعن انفع الوسائل والعمادية وانما فسدت لان المقصود منها الانتفاع وهو امر حسى لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه فلا يجوز بخلاف البيع لان المقصود به الملك وهو امر حكمى يمكن فى المشاع فيجوز درر ثم ما ذكره المصنف من فساد اجارة المشاع هو الصحيح فيجب اجر المثل قهستانى وقيل انه باطل برجندى (قوله الا من الشريك) سواء اجر كل نصيبه او بعضه لانه لا شيوع فى حقه اذ الكل فى يده وفيه نظر لانه لو لم يكن فيه شيوع لجازت الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب بان المراد شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه ويجوز ان يكون الشيوع مانعا الحكم باعتبار دون آخر فيمنع من جواز الهبة من حيث القبض فان القبض التام لا يحصل فى الشائع لما تقدم ان الشريك والاجنبى فيه سواء ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لانه فى المشاع غير متصور والشريك والاجنبى فيه سواء واما ههنا فلا ينعدم المعقود عليه وهو المنفعة وانما تعذر التسليم وذلك لا يوجد فى حق الشريك عناية واعلم ان قوله الا من الشريك ظاهره جواز اجارة المشاع من الشريك مطلقا واحدا او اثنين لكن ذكر فى العمادية اذا كانت الدار بين ثلاثة فأجر احدهم نصيبه لا يجوز حموى واقول سبق عن الدر معزيا لانفع الوسائل والعمادية ما مقتضاه كون المراد بالشريك فى كلام المصنف خصوص الواحد وعليه فلا استدراك (قوله وعندهما يجوز) لان للمشاع منفعة والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كالبيع بشرط بيان نصيبه وان لم يبينه لا يجوز فى الصحيح كذا فى الشرنبلالية وغيرها وفيه بحث للعلامة المقدسى يعلم بمراجعة شرح الحموى (قوله والفتوى على قولهما) كذا فى الزيلعى والعينى وشرح المجمع لابن مالك وتهذيب القلانسى ويخالفه ما فى ايضاح الاصلاح عن الحقائق من قوله والفتوى على قوله ومثله فى الخانية (قوله كذا فى المغنى) قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا عن قاضيخان وغيره كذا بخط شيخنا معزيا للشارح الكنز احمد بن يونس الشهير بالشلبى وكذا فى الدر معزيا للعلامة قاسم فى تصحيحه قال وفى البدائع لو أجر مشاعا يحتمل القسمة فقسمه وسلمه جاز لزوال المانع ولو ابطلها الحاكم ثم قسم وسلم لم يجز ويفتى بجوازه والبناء لرجل والعرصة لآخر انتهى معزيا للفصولين (قوله والحيلة فى جواز ذلك الخ) وكذا حيلة جوازها عنده ان يلحقها حكم حاكم شرنبلالية عن شرح المجمع والتبيين (قوله ان يعقد العقد على الكل الخ) او أجر رجلان دارهما او احدهما فمات احد المؤجرين او أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين درر وعزمى زاده (قوله ثم يفسخان العقد فى بعضه) لان الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة فى ظاهر الرواية وقال زفر يفسد وهو رواية عن أبى حنيفة درر مع شرنبلالية بقى ان يقال قوله ثم يفسخان العقد فى بعضه قيده الحموى بما اذا لم تكن الدار مشتركة (قوله وصح

استئجار

استئجار الظئر) بهمزة ساكنة ويجوز تخفيفها الناقة تعطف على ولد غيرها ومنه قيل لامرأة تحضن ولد غيرها ظئر وللرجل الحاضن أيضا والجمع اظئار كاحمال وربما جمعت المرأة على ظئار بكسر الظاء وضمها حموى (قوله بأجرة معلومة) ويشترط التوقيت اجماعا حموى عن المنصورية واطلاق كلام المصنف يشير الى انه يجوز للمسلمة ان تؤجر نفسها لارضاع ولد الكافر وبه صرح فى الخانية حيث قال ولا بأس للمسلمة بان ترضع ولد الكافر باجر لان من الصحابة من عمل للكافر باجرة انتهى وتقييد الجواز باجارة نفسها ظئرا يشير الى انها اذا أجرت نفسها لخدمة الكافر لا يجوز وبه صرح فى الاشباه من كتاب الاجارة ونصه استأجر نصرانى مسلما للخدمة لم يجز ولغيرها جاز ان وقت وقوله استحسانا يشير الى ان القياس يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة لشرب لبنها ووجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ولانه جرى به التعامل من غير نكير ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهى حضانة الصبى وتلقيمه ثديها وتربيته وخدمته والعين تدخل تبعا للمنفعة لان العين قد تتبع كالصبغ للصباغ بخلاف استئجار البقرة لشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود وهكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة والى هذا القول مال شمس الائمة لكن قال الزيلعى والاول أشبه وفى الكافى وهو الصحيح (قوله وبطعامها وكسوتها) بلا بيان الجنس والقدر والصفة ولها الوسط حموى وأعاد المصنف الجار لانها مسئلة مستقلة ولهذا اعترض فى الشرنبلالية على الدرر حيث قال وطعامها بحذف الجار (قوله وعندهما لا يجوز) للجهالة وله ان العادة جارية بالتوسعة على الظئر شفقة على الولد فلم تكن الجهالة مفضية الى المنازعة عينى (قوله ومعنى تسمية الطعام الخ) فيكون معناه على هذا التقدير ان يسمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه أنه سمى بدل الطعام دراهم لا غير زيلعى كذا قيل وأقول ما ذكره الزيلعى من ان المعنى على هذا التقدير ان يسمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف الخ مسلم واليه أشار الشارح بقوله يعنى يسمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها وأما ما استدركه على كلامهم حيث قال لكن لا يفهم منه الخ فأشار الشارح الى دفعه بقوله ثم يدفع الطعام عوضا لما ولما كان هذا خفيا من عبارة الجامع الصغير أتى الشارح بلفظة يعنى لانها انما تستعمل فيما خفى مراده وفى هذا المقام كلام يعلم بمراجعة تكملة قاضى زاده (قوله ولو سمى الطعام وبين وصفه وقدره جاز أيضا) بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة فى الذمة أثمان ولا يشترط فى الثمن ان يكون مؤجلا زيلعى (قوله ولا يمنع زوجها من وطئها) وان خيف الحبل لانه حق ثابت بالنكاح لا تبطله الاجارة قهستانى وله منع أقربائها من المكث معها فى بيته لا من الزيارة الا اذا كان يؤدى الى الاخلال بتعاهد الصبى وليس عليها ان تمكث فى بيته حيث لم يشترط ذلك فى عقد الاجارة وللامة المأذونة والمكاتبة ان تؤاجر نفسها ظئرا كذا فى الخانية وقوله وليس عليها ان تمكث فى بيته الخ يعنى اذا كانت مأمونة على الصبى وعلى ما عليه من حلى وكسوة وان سرق شئ منه لا ضمان عليها حموى عن مختصر الكرخى والمحيط (قوله فليس له ان ينقض الاجارة) لانهما لا يصدقان فى حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق فى حق بطلان النكاح زيلعى (قوله وللمستأجر ان يمنعه من غشيانها فى منزله) ظاهره ان المنع من الغشيان فى منزله فيما اذا لم يعرف انها زوجته الا بقولها وليس كذلك كما يعلم من كلامهم اذ ليس له دخول منزله بغير اذنه وفرع عليه القهستانى ان الوطء فى المرهون لا يجوز (قوله فان حبلت) من باب طرب (قوله فسخت) لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهى أيضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبى لان الاجارة تفسخ

باجرة معلومة) استحسانا (و) صح (بطعامها وكسوتها) استحسانا عند أبى حنيفة اذا كانت المدة معينة وعندهما لا يجوز قياسا وهو قول الشافعى وفى الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز اجماعا ومعنى تسمية الطعام دراهم ان تجعل الاجرة دراهم ثم يستبدل بها طعاما يعنى يسمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم يدفع الطعام عوضا عنها ولو سمى الطعام وبين وصفه وقدره جاز أيضا وان استأجرها بالثياب أو العروض يشترط فيه بيان شرائط السلم (ولا يمنع) المستأجر (زوجها من وطئها) فان أجرت نفسها بغير اذن الزوج فله ان يفسخ الاجارة سواء كان الزوج ممن يشينه ان تكون امرأته ظئرا أولا وهذا اذا كان الزوج معروفا أما اذا كان لا يعرف انها امرأته الا بقولها فليس له ان ينقض الاجارة وللمستأجر ان يمنعه من غشيانها فى منزله (فان حبلت) أو مرضت فسخت) الاجارة (وعليها اصلاح طعام الصبى)

بالاعذار وكذا لو تقايا بألبنها الا انه يضر به وكذا اذا كانت سارقة للخوف منها على متاعهم اوفاجرة لانها تشتغل عن الصبى بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها فى اعتقادها ولا يضر بالصبى زيلعى وعينى ويخالفه ما فى الخانية اذا ظهرت الظئر كافرة اوزانية او مجنونة وحمقاء كان لهم ان يفسخوا الاجارة انتهى وفى النهاية لا يبعد ان يقال عيب الفجور فوق عيب الكفر ألا ترى انه كان فى نساء بعض الرسل كامرأتى نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبى قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبى لا يأخذ ثديها وللظئر فسخ الاجارة اذا حصل لها الاذى منهم اولم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها الا انها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك كان لها الفسخ حيث كان ذلك اوّل الاجارة لها قهستانى وكذا اذا عير وعابه لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولومات الصبى او الظئر انتقضت الاجارة ولومات ابو الصبى لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبى سواء كان له مال اولم يكن ولهذا لو كان للصبى مال تجب الاجرة من ماله كالنفقة ولوسافرت الظئر او اهل الصبى تفسخ الاجارة لانه عذر زيلعى وفيه اشعار بان الظئر والمسترضع لا يفسخانها بلا عذر قهستانى (قوله يريد به المضغ) وقيل ان لا تأكل ما يضر بالصبى ولا تتغذى بغذاء يخالف طبع الصبى ومزاجه قلت وهذا هو الظاهر حموى (قوله وغسل ثيابه) بالرفع عطفا على اصلاح والمراد غسل ثيابه عن البول والغائط لا عن الوسخ ابن فرشته وتاج الشريعة قال فى الكفاية وهذا هو الصحيح (قوله وطعام الصبى على أبيه) يعنى ان لم يكن له مال كما قدمناه عن الزيلعى قال الحموى وطعامها وكسوتها عليها ان لم تشترط فى العقد عليهم وتمنع مما يضر بالصبى كالخروج من منزله زمانا كثيرا (قوله فان أرضعته بلبن شاة) بان اقرت به او شهدت بينة بارضاعها بلبن البهائم وان جحدت كونه بلبن شاة فالقول لها مع يمينها استحسانا ولو شهدوا أنها ما أرضعته بلبن نفسها لم تقبل لقيامها على النفى مقصودا بخلاف الاوّل لدخوله فى ضمن الاثبات وان أقاما فالبينة بينة الظئر ولو أرضعته خادمتها فلها الاجر كاملا اذا لم يشترط ارضاع ثديها الا ان شرط على الصحيح شرنبلالية عن الذخيرة وقيل اذا أرضعته جاريتها او استأجرت من أرضعته فلها الاجر وان شرط ان ترضعه بنفسها لان المقصود من الارضاع حياة الصبى وهما فيه سواء وما بينهما من التفاوت يسير لا يعتبر كما فى الاختيار ثم ان كان ما استأجرت به أقل مما عين ذلك من الاجرة تتصدق بالفضل كما فى غاية البيان لانها اخذت زيادة لا على عمل منها ولو أجرت نفسها للارضاع لقوم آخرين ولم يعلم الاولون فأرضعتهما وفرغت أثمت ولها الاجر كاملا على الفريقين شبهها بالاجير الخاص والمشترك ولا تتصدق بشئ درعن العناية (قوله فلا أجر لها) لانها لم تأت بالمعقود عليه وهو الارضاع لان هذا ايجار زيلعى اقول يؤخذ منه انها لو أرضعته لبنها الا على وجه الارضاع بان حلبت لبنها فى اناء وأوجرته به انها لا تستحق أجرا حموى بقى ان يقال ما ذكره المصنف من انه لا أجر لها اذا ارضعته بلبن شاة ظاهر على اختيار شمس الائمة حيث قال والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سواه من القيام بمصالحه تبع وأما على اختيار صاحب الهداية من أن المعقود عليه المنفعة وهو القيام بخدمة الولد ففيه نظر لانه جعل الارضاع مستحقا تبعا للخدمة فكيف يسقط كل الاجر بتركه شرنبلالية عن البرهان (قوله لينسجه) من باب ضرب شلبى عن المصباح (قوله ومشايخ أهل بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة) قال فى منية المفتى دفع غزلا الى حائك لينسجه بالثلث ونحوه جوزه مشايخ بلخ وأبو الليث وغيره بالعرف انتهى وقوله ومشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة أى فى حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل اهل بلادهم وقالوا من لم يجوزه انما لم يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا ان النص تناوله دلالة فالنص يختص بالتعامل ألا ترى ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك بتعامل اهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل جرى به فى كامل البلاد وبمثله يترك للقياس ويخص

يريد به المضغ (وغسل ثيابه) وطعام
الصبى على أبيه وتهيئته على الظئر وما
ذكر محمد ان الدهن والريحان على
الظئر فهذا من عادة أهل الكوفة
(فان ارضعته) فى المدة (بلبن شاة فلا
أجر لها ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه)
أى بنصف الثوب أو بثلثه لم يجز
فالثوب لرب الغزل وللحائك أجر
المثل وكان شمس الأئمة الحلوانى يحكى
عن أستاذه القاضى الامام أبى على
النسفى انه يفتى بجواز العقد فى ديارنا
بنسف ومشايخ أهل بلخ يفتون بجواز
هذه الاجارة (أو استأجره ليحمل
طعامه) الى موضع كذا (بقفيز منه)
أى من الطعام الذى يحمله (أو ليخبز
له كذا) أى من الدقيق (اليوم
بدرهم لم يجز)

الاثر زيلعى فتلخص انه على ماذكره مشايخ بلخ يعتبر العرف الخاص وعلى ماذكره الزيلعى انما يعتبر العرف العام (قوله متعلق بالمسائل المذكورة) لانه فى الاولى والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير فى معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه السلام وهو ان يستأجر ثورا ليطحن بقفيز من دقيقه فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه وفى الثالث المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هو المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر فى وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل ونفع الاجير فى وقوعها على المدة لانه يستحق الاجر بمضى المدة عمل ام لم يعمل والحيلة فى جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من المحمول او من المطحون لوجوبه فى الذمة قهستانى وقول الزيلعى ونفع الاجير فى وقوعها على المنفعة قال فى الشرنبلالية لعل الصواب على المدة يوضحه تعليله بقوله لانه يستحق الاجر بمضى المدة عمل اولا ولكونه قسيما لما يقع العقد عليه وهو العمل او الزمان اه أى ما يقع العقد عليه اما العمل تارة او الزمان أخرى كذا ذكره شيخنا (قوله وان حمله فله أجر مثله) لا يجاوز بالاجر قفيزا وكذا اذا نسج فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شئ من الاجر كما فى الزيلعى اى لا يجب له المسمى ولا أجر المثل وهذا يبتنى على اصلين احدهما ان الاجارة متى فسدت مع قيام المعقود عليه وجب اجر المثل عند التسليم ومتى بطلت الاجارة عند عدم المعقود عليه لم يجب الاجر بحال والثانى ان تسليم الاجرة متى وجد على وجه التمليك وجب الملك فى الاجرة بحكم التعجيل واذا ثبت هذا فنقول ففى المسئلة الاولى استوفى صاحب الطعام منافع الاجير بحكم اجارة فاسدة لانه فى معنى قفيز الطحان لان الحنطة انما تصير محمولة بعمل الاجير كالدقيق يوجد بعمل الاجير فكان فى معنى قفيز الطحان فيكون النهى الوارد ثمة واردا ههنا واستيفاء المنفعة بحكم الاجارة الفاسدة يوجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل ولا يقال ينبغى ان يجعل بالقبض مالكا للقفيز وان كان العقد فاسدا حتى لا يستوجب اجر المثل لانا نقول انما استأجره ليحمل جميع الطعام له فلو كان مالكا كان حاملا لنفسه واما فى المسئلة الثانية وهى ما اذا استأجره لحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقى ودفع اليه انما سلمه اليه على سبيل التمليك لنصفه من قبل ان البدل هنا نصف مطلق لا نصف محمول الى بغداد فصار بتسليم الطعام اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض بخلاف الوجه الاول لانه فيه اشترط المستأجر عليه حمل جميع الطعام لنفسه ثم جعل قفيزا منه بوصف كونه محمولا للاجير فقبل الحمل لا توجد الاجرة فلم يملك الاجير شيئا من الطعام واذا ملكه بالتسليم فى المسئلة الثانية بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا له فى الطعام قبل ايفاء شئ من المعقود عليه وما قبل تسليم المنفعة فى الاجارة يكون بمنزلة ابتداء العقد ولو ابتدأ العقد على العمل فى شئ العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر والحاصل انه متى قال المستأجر استأجرتك لتحمل هذا الطعام بقفيز منه لا يصير شريكا ومتى قال لتحمل نصفه بنصفه الآخر يصير شريكا نهاية بتصرف شيخنا قال فى الشرنبلالية وينظر هل نسج الثوب مثله أى مثل الحمل (قوله وعندهما لا تفسد هذه الاجارة) ويكون العقد على العمل وذكر اليوم للتعجيل فاذا فرغ نصف النهار استحق الاجر كاملا وان لم يفرغه فى اليوم فعليه ان يعمل فى الغد (قوله وعن ابى حنيفة انه يصح اذا قال فى اليوم) لان كلمة فى للظرف لا لتقدير المدة فلا تقتضى الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضى الاستغراق زيلعى وحاصل ما أشار اليه من الفرق ان اليوم مدة وفى اليوم ظرف كما فى الحصر وفى القنية اذا ذكر الوقت اولا ثم الاجر جاز وان ذكر الاجرة اولا ثم الوقت لم يجز والفتوى على انها فاسدة فيهما سواء ابتدأ بذكر العمل او المدة اذا ذكرهما قبل تمام العقد ولم يذكر الاجر بعد أما اذا ذكر احدهما وذكر الاجر حين تم العقد ثم ذكر الثانى فلا تفسد حموى عن البرجندى واعلم ان التقييد بقوله ولم يذكر الاجر بعد مخالف لما فى الشرنبلالية عن الخانية ونصه الصحيح من مذهب ابى

متعلق بالمسائل المذكورة وان حمله
فله أجر مثله لا يجاوز بالاجر قفيزا
والمسئلة الاخيرة فاسدة عند أبى حنيفة
وعندهما لا تفسد هذه الاجارة وعن
أبى حنيفة انه يصح اذا قال فى اليوم

حنيفة ان الاجارة فاسدة قدم العمل او اخر اذا ذكر الاجر بعد الوقت والعمل واما اذا ذكر الوقت اولا ثم الاجر ثم العمل او ذكر العمل اولا ثم الاجر ثم الوقت لا يفسد العقد انتهى (قوله صح العقد) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتأتى الا بالكراب والسقى عينى (قوله ان يثنيها) بالتشديد من التفعيل او التخفيف من الافعال أى يكربها مرتين وقيل ان يردها مكروبة حموى (قوله او يكرى انهارها) اى يحفرها من باب رمى حموى (قوله فى المسائل الاربع) اما عدم الجواز فى المسائل الثلاث فلان أثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد الا اذا كان بحيث لا يبقى لهذه أثر بعد المدة كما سيذكره الشارح وأما عدم الجواز فى الرابعة فلانه بيع الشئ بمثله نسيئة وهو حرام حكى ان محمد بن سماعة ارسل كتابا الى محمد بن الحسن يسأله لم لا يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فأجابه بقوله انك اطلت الفكرة واصابتك الحيرة وجالست الحنائى فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نسيئة وفيه نظر لان حرمة ذلك فى المقدرات وما نحن فيه ليس منها ولانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة كما بين فقبل وجودها لا ينعقد عليها فاذا وجدت فقد استوفيت فكيف يتصور فيه النسيئة فالاولى ان يقال اجيزت الاجارة على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار نفع بجنسه فبقى على الاصل بخلاف مختلف الجنس واذا استوفى أحدهما عند الاتحاد فعليه اجر المثل زيلعى واعلم ان الخصاف ذكر ان الدار والحانوت جنسان وفى اجارة الاصل ذكر ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهو يدل على انهما جنس واحد فيحتمل ان فى المسئلة روايتين او ان حرمة الربا مبنية على شبهة الجنسية حموى عن شرح المجمع للمصنف ونقل شيخنا عن منية المفتى ان اجارة البقر بالحمار تجوز بخلاف الثيران بالثيران (تتمة) الحنائى اسم رجل يحدث ينكر الخوض فى هذه المسئلة جعل مجالسته اياه زلة وفى الظهيرية الحنائى بكسر الحاء وتشديد النون رجل من أهل الحديث كان يجالسه ابن سماعة وكان ينكر عليه خوضه فى هذه المسائل التى وضعها محمد ويقول لم تكن هذه المسائل من السلف ولا برهان لكم عليها فيقول محمد بن الحسن لابن سماعة زلات من مجالستك اياه بتشكيكك فى صحة ما قلنا والقوهى منسوب الى قوه تعريب كوه قرية تنسج الثياب بها وفى نهاية السغناقى يقال ثوب قوهى منسوب الى قوهستان كورة من كور فارس الكورة المدينة كذا بخط شيخنا (قوله خلافا للشافعى فى الاخيرة) لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود زيلعى ويقول الامام الشافعى قالت الائمة الثلاثة عينى (قوله فان اشتراط كرى الجداول صحيح) اذ لا يبقى أثره الى القابل (قوله وانما المراد بها الانهار العظام) لان أثره يبقى الى القابل عادة وفى لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كرى الانهار ولان مطلقه يتناول الانهار العظام عينى والصواب حذف الواو من قوله ولان مطلقه الخ لانه تعليل لقوله وفى لفظ الكتاب اشارة اليه (قوله فان استأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه) مفهومه ان الحمار لو كان مشتركا بين اجنبى والشريك فى الطعام فاستأجره منهما لحمل الطعام المشترك وجب عليه الاجر للاجنبى بحصته شيخنا (قوله ليحمل نصيبه منه) أى شائعا شيخنا (قوله فحمل الطعام كله) مفهومه انه لو قسمه وحمل نصيبه منه بعدها وجب الاجر لتصور المعقود عليه حينئذ بخلاف حمله شائعا فان المقصود عليه وهو الحمل له بخصوصه غير متصور فلا يجب الاجر أصلا لبطلان عقد الاجارة شيخنا (قوله فلا أجر له) لانه لا يتميز عمله لنفسه من عمله لشريكه فوقع الشك فلا يجب به عينى (قوله لا المسمى) لان الاجر والضمان لا يجتمعان لانه صار غاصبا للعين فكان هذا اتلافا بطريق الغصب لا استيفاء للمنافع المملوكة بالعقد فلم يجب عليه بدلها درر وعزمى (قوله ولا أجر المثل) لان العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل كاجارة ما لا منفعة له لان المعقود عليه حمل النصف الشائع وحمله غير متصور بخلاف البيع لانه تصرف شرعى وهو يحتمله درر (قوله وقال الشافعى له المسمى) وبه قال مالك وأحمد

(وان استأجر أرضا على) شرط (ان يكربها) أى يقلبها للحرث من باب طلب (ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح) العقد (فان شرط) المستأجر (ان يثنيها او يكرى انهارها او يسرقنها) أى يجعل فى الارض السرقين (او يزرعها بزراعة ارض أخرى لا يجوز) فى المسائل الاربع خلافا للشافعى فى الاخيرة ولو كانت الارض فى بلدة تحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد واما اذا اشترط عليه ان يسرقنها فانما يفسد العقد اذا بقيت منفعته بعد انقضاء المدة اما اذا لم تبق فلا يفسد العقد وليس المراد بكرى الانهار الجداول فى الصحيح فان اشتراط كرى الجداول صحيح وانما المراد بها الانهار العظام قوله ان يزرعها الى آخره أى ان أجر ارضا للزراعة وجعل الاجر زراعة ارض أخرى للمؤجر يزرعها المستأجر له (كاجارة السكنى بالسكنى) بأن أجر داره ليسكنها بدل ان يسكن المؤجر دار المستأجر فانه لا يجوز خلافا للشافعى (وان استأجره) ليحمل طعام بينهما فلا اجر له) اى اذا كان الطعام مشتركا بين رجلين فان استأجر أحدهما صاحبه او حمار صاحبه كذا ليحمل نصيبه منه الى مكان فحمل الطعام كله فلا اجر له لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعى له المسمى

عيني لان الاجارة بيع المنافع فتجوز في الشائع كبيع الاعيان لان المنفعة كالعين عنده ولنا ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة زيلعي (قوله كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره عيني (قوله فالاجارة فاسدة) اما الاول فلان الارض تستأجر للزراعة والبناء والغرس فما لم يبين شيئا منها لم يعلم المعقود عليه وأما الثاني فلتفاوت انواع الزراعات واضرار بعضها بالارض فلابد من البيان ليعلم المعقود عليه الا ان يعمم المؤجر بان يقول على ان تزرع ما شئت فحينئذ يصح لوجود الاذن منه درر (قوله فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) اقول صحة العقد لا تتوقف على مضي الاجل بعد الزراعة بل اذا زرع ارتفعت الجهالة قبل تمام العقد شرنبلالية ومن هنا قال في الدر لو حذف قوله فمضى الاجل كقاضيخان لكان اولى انتهى وأقول تقييده بمضي الاجل لا لانه شرط عود العقد الى الصحة بل لتتوجه المطالبة بالاجر اذ لا طلب له عليه بالاجرة قبل انقضاء وقتها فتدبر لا يقال ذكر هذه المسئلة تكرار لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الاجارة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير لاشتماله على زيادة فائدة وهي وان زرعها فمضى الاجل فله المسمى عناية (قوله والقياس ان يجب أجر المثل) لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مجيئه وفيه خلاف زفر أيضا عيني (قوله لم يضمن) لان العين أمانة في يده وان كانت الاجارة فاسدة ولم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه عيني كذا لا يضمن اذا استأجر رجلا ليحمل له شيئا له مؤنة الى رجل ببغداد فوجد ذلك الرجل غائبا فترك الحمولة على يد عدل ليوصله الى ذلك الرجل منية المفتي ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان زيلعي (قوله وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا زيلعي وغيره ومقتضاه انه لو كان زائدا على ما يحمل على مثلها لا يجب المسمى بل أجر المثل (قوله وفي القياس يجب أجر المثل) لانها انعقدت فاسدة فلا تنقلب جائزة وجه الاستحسان ما سبق (قوله دفعا للفساد) قلت الاولى ان يقال رفعا للفساد بالراء لا بالدال شلبي قال الشيخ يحيى الشهاوي وسبقه الى ذلك الاتقاني شيخنا (قوله ولو تعدى المستأجر وضمن لا يجب الاجر) لانهما لا يجتمعان ولو استأجر شيئا ثم أجره قبل قبضه لا يجوز وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة وان أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فان كانت الاجرة الثانية اكثر لا يطيب له الفضل فيتصدق به الا اذا كانت الثانية خلاف الاجرة الاولى او كانت بعد الاصلاح وقدمنا ان الكنس ليس باصلاح وهل الدراهم من جنس الدنانير اولا (فروع) اجرة نزح بيت الخلاء لا تجب على المؤجر لكن يخير الساكن وكذا اصلاح الميزاب وتطيين السطح ونحوهما لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه واخراج تراب المستأجر عليه وكناسته ورماده لا تفريغ البالوعة شيخنا عن الاشباه وقوله ولكن يخير المستأجر أي يثبت له خيار فسخ الاجارة (تتمة) ذكر في الدر المختار ما نصه وفي الاشباه قصر الثوب المجحود فان قبله فله الاجر والا لا وكذا الصباغ والنساج اه ثم ذكر ما نصه استأجر امرأته لتخبز له خبزا للاكل لم يجز وللبيع جاز صيرفية وجاز اجارة الماشطة لتزيين العروس ان ذكر العمل والمدة بزازية وجاز اجارة القناة والنهر مع الماء به يفتى لعموم البلوى اه وقوله فان قبله الخ أي ان قصره قبل الجحود استحسن الاجر والا فلا ونقل الحموي عن الولوالجية ما نصه دفع داره لآخر يسكنها ويرمها ولا أجر عليه فهذه عارية لا اجارة الخ والله تعالى اعلم

(باب ضمان الاجير)

(كراهن استأجر الرهن من المرتهن) فانه لا اجر له (وان استأجر ارضا ولم يذكر انه) اي المستأجر (يزرعها أو) ذكر انه يزرعها ولكن لم يذكر (اي شيء يزرع) فالاجارة فاسدة (فزرعها فمضى الاجل فله) اي للمؤجر (المسمى) وينقلب العقد جائزا استحسانا والقياس ان يجب أجر المثل وهو قول زفر (وان استأجر حمارا) بدينار (الى مكة ولم يسم ما يحمل) عليه فالاجارة فاسدة (فحمل) عليه (ما يحمل الناس) على مثله (فنفق) اي هلك في الطريق (لم يضمن وان بلغ مكة فله المسمى) استحسانا وفي القياس يجب اجر المثل (وان تشاحا) أي ان اختصما الى القاضي (قبل الزرع) في الاولى (و) قبل (الحمل) في الثانية (نقضت الاجارة دفعا للفساد) ولو تعدى المستأجر وضمن لا يجب الاجر

(باب ضمان الاجير)

هو فعيل بمعنى فاعل وفي المحمل اجرت الرجل مؤاجرة اذا جعلت له على فعله اجرة والاجير على ضربين اجير مشترك واجير خاص (الاجير المشترك

لما فرغ من صحيح الاجارة وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه حموى (تنبيه) الناقد اذا كسر الدراهم بالغمز يضمن الا اذا قال اغمزه شيخنا عن منية المفتى قال ولو ظهرت الدراهم بعد ما نقدها مغشوشة ترد ما أخذ من الاجر ولا ضمان عليه (قوله من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره اولم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره زيلعى (قوله ولا يستحق الاجرة حتى يعمل لان المعقود عليه العمل فاذا لم يسلم الى المستأجر لا يجب الاجر بقى ان يقال مفهوم قوله حتى يعمل ان الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه وان لم يعمل هكذا فرق بينهما القدورى قال الزيلعى وهذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من أشخاص لان المعقود عليه فى حقه هو العمل أو أثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة للمستأجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل انتهى وقوله وان نقض العمل بالبناء للمفعول يعنى وان نقض عمل الاجير رجل بخلاف ما لو كان النقض منه فانه يضمن كما سيأتى (قوله والمتاع فى يده غير مضمون بالهلاك عند أبى حنيفة الخ) افتى به بعضهم عينى (قوله وهو القياس) لان العين أمانة والحفظ مستحق عليه تبعا لاقامة العمل لا مقصودا لان العقد وارد على العمل فلم يكن الحفظ مقصودا أصلا بل لاقامة العمل فكان تبعا ولهذا لا يقابله الاجر واذا كان تبعا ثمة ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر عناية (قوله وقالا ان هلك الخ) لان عمر وعليا كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به ولا حفظ اذا هلك بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقة وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت باجر عناية وفى الزيلعى وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم اه وفى المحيط والخلاف فيما اذا كانت الاجارة صحيحة وان كانت فاسدة لا ضمان بالاتفاق لان العين حينئذ تكون أمانة لكون المعقود عليه وهو المنفعة مضمونة باجر المثل شيخنا عن شرح المجمع لابن ملك (قوله بالصلح على نصف القيمة) وقيل ان الاجير مصلحا لا يضمن وان بخلافه يضمن وان مستور الحال يؤمر بالصلح در عن العمادية وفى الشرنبلالية عن البرجندى معزيا للعمادية كان ظهير الدين المرغينانى يفتى بقول أبى حنيفة وفيها عن قاضيخان والمختار فى الاجير المشترك قول أبى حنيفة اه (قوله والفقيه أبو الليث يفتى الخ) ذكره بعد حكاية الاول بقيل يؤذن بترجيحه ولهذا جزم به فى الدرر ولم يحك خلافا وعلله بقوله لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين (قوله كتخريق الثوب) وصاحب الثوب يخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقد مر نظيره شرنبلالية عن التبيين (قوله وكفساده من قصره) فلو فسد من وطئه ان كان ثوبا يوطأ مثله لا يضمن وان كان رقيقا لا يوطأ يضمن وان حمل أجير القصار ثوب القصارة باذن الاستاذ فسقط على ثوب آخر فأفسده ان سقط على ثوب القصارة يضمن الاستاذ وان سقط على غير ثوب القصارة ضمن الاجير واذا سقط من يد المودع شئ على وديعة فافسدها يضمن كذا فى منية المفتى وفيها دفع الثوب الى الحمامى ليحفظه فضاع لا يضمن اجماعا لانه مودع لان كل الاجر بازاء الانتفاع الا ان يشترط بازاء الانتفاع والحفظ فحينئذ على الاختلاف وان دفع الى من يحفظ باجر كالثيابى فعلى الاختلاف أيضا دخل الحمام وترك الثياب بين يدى الحمامى فهو استحفاظ عادة اه وثمرة قوله فهو استحفاظ تظهر فيما اذا ضاعت بتفريطه (قوله وزلق الحمال) زلق من باب طرب مصباح (قوله وغرق السفينة

من يعمل لغير واحد ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار والمتاع فى يده غير مضمون بالهلاك عند أبى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس مطلقا سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بأمر لا يمكن الاحتراز عنه كالحريق الغالب والفارة الغالبة والمكابرة وقالا ان هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان عليه وان هلك بأمر يمكن التحرز عنه فعليه الضمان استحسانا واختار المتأخرون الفتوى بالصلح على نصف القيمة كذا فى الاسرار وقيل اذا شرط الضمان على الاجير المشترك يصح عند أبى حنيفة وصار كان الاجر فى مقابلة العمل والحفظ جميعا كذا فى شرح الوقاية وهو قول الفقيه ابى بكر والفقيه ابو الليث يفتى بانه لو شرط عليه الضمان لا يصح (وما تلف اى المتاع الذى تلف (بعمله) كتخريق الثوب من دقه) وكفساده من قصره او تشميسه (وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذى يشد به) المكارى الحمل وغرق السفينة) من مده

من مده) أومعالجته لان ذلك من جناية يده فيضمن وان كان صاحب الطعام اووكيله فى السفينة لا يضمن الملاح لان الطعام فى يد صاحبه الاان يصنع فيه شيئا أو يتعمد الفساد شرنبلالية عن الخانية (قوله مضمون عندنا فى الجميع) لان العقد يقتضى السلامة (قوله وقال زفر والشافعى لاضمان عليه) لانه مأمور بالعمل مطلقا وانه ينتظم السليم والمعيب ولنا ان المقصود هو المصلح دون المفسد فكان هو المأذون فيه دون غيره عينى (قوله حتى لا يضمن دية من يغرق فى السفينة) لان ضمان الآدمى لا يجب بالعقد بل بالجناية وما يجب بها يجب على العاقلة والعاقلة لا تتحمل ضمان العقود وهذا ليس بجناية لكونه مأذونا فيه درر والتقييد ببنى آدم ربما يوهم ان البيطار لو بزغ دابة وهلكت يضمن وليس كذلك كما سيأتى واعلم انه اذا غرقت السفينة فان كان من ريح اوموج او جبل صدمها بلامد ملاح وفعله لم يضمن وان بفعله فان جاوز العادة ضمن بالاجماع وكذا اذا لم يجاوز عندنا ولودخلها الماء فأفسد المتاع فلو بفعله ضمن عندنا ولو بلا فعله ضمن عندهما الا عند أبى حنيفة لوامكن التحرز والالا يضمن بالاتفاق وهذا كله لولم يكن صاحب المتاع اووكيله فى السفينة فلو كان لم يضمن شيخنا عن جامع الفصولين (قوله وان انكسر دن الخ) هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق اوعثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند ابى حنيفة ولو انه هو الذى زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع كما فى غاية البيان قال الحموى والدن كالحب الا انه اطول منه وأوسع رأسا وجمعه دنان كسهم وسهام كذا فى المصباح اه (قوله ضمن الجمال قيمته الخ) اطلقه فعم مالو كان صاحب الدن معه وبه صرح فى البزازية حيث قال حمل متاعا وصاحبه معه فعثر وسقط المتاع ففسد ضمن (قوله اوفى موضع انكسر واجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل وأما الخيار فلانه اذا انكسر فى الطريق والحمل شئ واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهوان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أى الجهتين شاء فان مال الى الوجه الاول ضمنه قيمته عند ابتداء الحمل ولا اجرله وان مال الى الوجه الثانى ضمنه قيمته عند الكسر واعطاه اجره بحسابه درر (قوله الى موضع معلوم باجر معلوم) قيد بذلك لتصح الاجارة ويترتب على صحتها وجوب الضمان بكسره بناء على ان العين فى يد الاجير المشترك مضمونة حتى لو لم يكن كذلك تفسد الاجارة فلا يلزمه الضمان لان العين حينئذ تكون فى يده امانة لا تضمن الا بالتعدى ولم يوجد (قوله ولا يضمن حجام الخ) لانه التزمه بالعقد فوجب عليه ولا ضمان مع الوجوب كما لو مات من عزره الحاكم وليس فى وسعه الاحتراز عن مثله لانه لا يمكنه القصد ونحوه محترزا عن سبب الهلاك لغموض باطن احوال الحيوان فربما يكون ضعيف المزاج لا يندمل جرحه سريعا وقد يسرى الى النفس وقد يكون بالعكس ولا اطلاع للفصاد ونحوه على قوة الطبيعة وضعفها فلا يتقيد بالمصلح من العمل بخلاف دق الثوب لان قوته ورقته تعرف بالجس والمشاهدة فيكون مقيدا بالمصلح وان تعدى عن المعتاد يضمن نصف دية النفس ان هلكت لانها تلفت بمأذون فيه و بغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف والختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع يجب عليه كل الدية لانه موجب قطع الحشفة وان مات منه يجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهذا من اعجب المسائل حيث يجب الاكثر بالبرء والاقل بالهلاك كذا فى الرازى ووجهه كما فى الظهيرية انه اذا مات فالتلف حصل من الفعلين قطع الجلدة وقطع الحشفة واحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلدة فتنصف الضمان واما اذا برأ فقطع الجلدة مأذون فيه فجعل كان لم يكن بالبرء وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب ضمان الحشفة كملا وهو الدية حموى و بقطع بعض الحشفة يجب حكومة عدل شرنبلالية عن الاتقانى (تتمة) سئل صاحب المحيط عن فصاد قال له غلام افصدنى ففصده فصدا معتادا فمات بسببه قال تجب دية الحر وقيمة العبد على عاقلة الفصاد لانه خطأ وسئل عن شخص فصد نائما وتركه حتى مات من السيلان قال يجب القصاص درعن العمادية وقوله دية الحر الخ أى ان كان الغلام حرا وقيمة العبد ان كان عبدا

(مضمون) عندنا فى الجميع قوله
مضمون خبر ما تلف وقال زفر والشافعى
لاضمان عليه (ولا يضمن به) أى بغرق
السفينة (بنى آدم) حتى لا يضمن دية
من يغرق فى السفينة وكذا من يسقط
من الدابة لا يضمن وان كان بسوقه
وقوده وكذا من لا يستمسك على الدابة
كالرضيع (وان انكسر دن
فى الطريق ضمن الجمال قيمته فى مكان
حمله ولا أجر له أوفى موضع انكسر
واجره بحسابه) اى ان استأجر حمالا
ليحمل له دنا على ظهره أودابته الى
موضع معلوم بأجر معلوم فحمل ثم
انكسر فى بعض الطريق فالمالك
بالخيار ان شاء ضمنه قيمته فى المكان
الذى حمله منه ولا أجر له وان شاء
ضمنه قيمته محمولا فى الموضع الذى
انكسر واعطاه أجره بحسابه وكذا
اذا كسره عمدا فالمالك بالخيار وقال
زفر ان انكسر لا يضمن وان كسره
عمدا يضمن قيمته فى المكان الذى
كسره (ولا يضمن حجام اوبزاغ اوفصاد
لم يتعد) أى لم يتجاوز (الموضع
المعتاد) فى الحجم والبزغ والفصد وفى
المغرب بزغ البيطار الدابة اذا شقها

(قوله بالمبزغ) بكسر الميم وفتح الزاى المعجمة (قوله مشرط) بكسر الميم وفتح الراء المهملة (قوله والاجير الخاص الخ) هو تعريف بالحكم فيلزم الدور واجيب بانه علم مما سبق من يستحق الاجر بلا عمل وعرفه بعض المتأخرين بانه من يعمل لواحد اوما فى حكمه عملا موقتا بالتخصيص اه وانما قال اوما فى حكمه لئلا يرد عليه مالو استأجر اثنان اوثلاثة عبدا لخدمتهم مدة اولرعى غنمهم فيخرج من التعريف مع ان الظاهر انه اجير خاص بل صرح فى البزازية به قال واجير الواحد قد يكون لرجلين بان استأجرا رجلا لرعى اغنامهما لكن ذكر فى جامع الفصولين لو تلفت الاغنام بسوقه فان كانت لواحد لم يضمن ولو كانت لاثنين اوثلاثة ضمن قال العلامة المقدسى ينبغى ان يفرق بان تكون الغنم مشتركة بين الثلاثة فيكون خاصا لهم وبين ان يكون لكل منهم غنم على حدة لكن جمعوها واستأجروا لها راعيا واحدا فيكون مشتركا وفرق الحموى بانه اذا استأجر واحدا او اكثر شخصا لرعى غنم مشتركة او مجموعة بعقد واحد على ان لا يعمل لغيرهم كان خاصا وان جوز وا له عمله لغيرهم فمشترك (قوله هذا اذا تمكن من العمل) يعنى ولم يمتنع من العمل حتى اذا امتنع لا يستحق الاجر حموى عن البرجندى وأقول هذا لا حاجة اليه اذ ماذكره الشارح من انه اذا منعه عذر من العمل لا يستحق أجرا يفيد عدم استحقاق الاجر عند الامتناع من العمل بالطريق الاولى (قوله فمطر ذلك اليوم) يقال مطرت السماء من باب طرب فهى ماطرة وأمطرت بالالف أيضا (قوله وقد يسمى أجير واحد) اعلم ان الاجير الخاص هو الذى يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة اوبذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا استحقت بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجارها لغيره حموى عن البرجندى (قوله أجير وحد) بالاضافة بسكون الحاء وفتحها بمعنى الواحد أى أجير المستأجر الواحد كذا فى المغرب وقيل الوحد مصدر بمعنى التوحد والمعنى عامل التوحد أضيف الى فعله لادنى ملابسة أى المتوحد فى العمل حموى عن البرجندى (قوله لانه لا يمكن ان يعمل الخ) فلو عمل نقص من اجره بقدر ما عمل در عن فتاوى النوازل لكن ذكروا ان الظئر اذا اجرت نفسها لارضاع آخر ولم يعلم حتى مضت المدة وقد أرضعتهما تستحق الاجر عليهما ولا تتصدق بشئ وتأثم كما فى الذخيرة ويمكن ان يقال يكفى ظهور اثره فى الاثم حموى والحاصل ان المسائل فى الظئر تعارضت فمنها مايدل على انها فى معنى اجير الوحد كقولهم لا ضمان عليها اذا ضاع الصبى من يدها اوسرق ما عليه ومنها مايدل على انها فى معنى المشترك كقولهم انها تستحق الاجر على الفريقين اذا أجرت نفسها لغيره قال الاتقانى والصحيح انه ان دفع الولد اليها لترضعه فهى أجير مشترك وان حملها الى منزله فهى أجير وحد وقال فى العناية وذكر فى الذخيرة مايدل على انها يجوز ان تكون خاصا ومشتركا حتى لو أجرت نفسها لغيره استحقت الاجر على الفريقين كاملا عملا بشبه الاجير المشترك وتأثم نظرا الى ان لها شبها بالاجير الخاص اه (قوله فهو أجير مشترك) بأول الكلام لايقاع العقد على العمل فى أوله وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل ان يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يغير اول كلامه بالاحتمال مالم يصرح بخلافه درر (قوله بان استأجر لرعى غنمه شهرا بدرهم) كذا فيما وقفت عليه من نسخ الدرس وصوابه بان استأجر شهرا بدرهم لرعى غنمه كما فى الزيلعى وغيره والدليل عليه قوله وان ذكر المدة اولا وهذا ظاهر كذا ذكره شيخنا ومافى الدرر حيث صور للاجير الخاص فيما اذا ذكر المدة اولا بقوله نحو ان يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم تعقبه فى الشرنبلالية بانه اذا وقع العقد على هذا الترتيب كان فاسدا كما قدمناه وصحته ان يلى ذكر المدة الاجر اه واعلم ان الاعتراض على الشارح من حيث انه أخر ذكر المدة وكان الواجب ذكرها اولا كما ذكره شيخنا والاعتراض على صاحب الدرر لا من هذا الوجه لانه ذكر المدة اولا بل من حيث انه لم يذكر الاجر واليا لذكر المدة حيث فصل بينهما بقوله ليرعى له غنما مسماة بخلاف ماذكره الشارح فانه لم يفصل بينهما بذكر المنفعة بل ذكر الاجر واليا لذكر المدة ومن هنا تعلم مافى كلام

بعضهم

(قوله بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام (و) الاجير الخاص من لا يستحق الاجر لكن تسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل او استؤجر شهرا) بدرهم (للخدمة او رعى الغنم) هذا اذا تمكن من العمل اما اذا منعه عذر من العمل لا يستحق الاجر كمن استأجر أجيرا يوما للعمل فى الصحراء كاتخاذ الطين ونحوه فمطر ذلك اليوم بعد ما خرج الاجير الى الصحراء لا أجر له كذا فى الذخيرة وقد يسمى اجير وحد لانه لا يمكن ان يعمل فى تلك المدة لغيره ثم اعلم انه اذا استأجر رعى غنمه بدرهم شهرا فهو أجير مشترك الا ان يقول ولا ترع غنم غيرى فيصير أجير وحد وان ذكر المدة اولا بان استأجر رعى غنمه شهرا بدرهم

بعضهم حيث اعترض على كلام الشارح بما ذكره الشرنبلالي وليس له وجه صحة (تتمة) قول العلامة الشرنبلالي كما قدمناه يعني به ما ذكره اول هذا الباب وفي باب الاجارة الفاسدة أيضا معزيا للخانية وهي مسئلة الخيار (قوله فهو أجير وحد) لانه اوقع الكلام على المدة في اوله فتكون منافعه للمستأجر في تلك المدة فيمتنع ان تكون لغيره فيها ايضا وقوله بعد ذلك لرعى الغنم يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لانه من يقع عقده على العمل وان يكون لبيان نوع العمل الواجب على الاجير الخاص في المدة فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد ما لم ينص على خلافه درر (قوله ولا يضمن ما تلف الخ) كتخريق الثوب من دقه اجماعا لان المستأجر لما ملك منافعه وأمره بالتصرف في ملكه كان كفعله بنفسه وهذا عند أبي حنيفة ظاهر وكذا عندهما كما في الزيلعي وغيره لان تضمينهما المشترك استحسانا لصيانة أموال الناس واجير الوحد يعمل في بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال فتكون السلامة أغلب فأخذا فيه بالقياس ثم الراعي لو كان أجير وحد وماتت الغنم كلها لا ينقص من اجره شئ ولو مشتركا وماتت لا يضمن اتفاقا ان تصادقا او برهن عليه والا صدق الراعي عند الامام والمالك عندهما ولو خيف هلاك شاة ولم ترج حياتها فذبحها الراعي او اجنبي لم يضمن هو الصحيح للاذن دلالة بخلاف نحو حمار وبغل ولو قال ذبحتها لمرض وأنكر ربها صدق ربها ولو شرط على الراعي ان يأتي بسمة ما هلك لم يصح وصدق الراعي في الهلاك وان لم يأت بالسمة وذكر هذا الشرط في العقد يفسده وبعده لا واعلم ان حارس السوق والخان اجير خاص وعن صاحب المحيط انه اجير مشترك وفي الذخيرة الفتوى على الاول قال العلامة الحموي وأقول في كونه اجيرا خاصا نظر اذ لا يصدق عليه تعريفه اهـ (قوله ما تلف في يده) بان سرق منه او غصب عناية (قوله او ما تلف بعمله) أي اتفاقا اذا لم يتعمد الفساد فان تعمد ذلك ضمن كالمودع اذا تعدى كما في العناية ومن التعدي ما اذا ضرب الراعي الشاة ففقأ عينها او كسر رجلها فانه يضمن لان الضرب غير داخل في الاجارة اذ الرعي يتحقق بالصياح بدون الضرب حموي عن العمادية (قوله فالشرطان جائزان) لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين عبدين زيلعي (قوله الشرطان فاسدان) لجهالة المعقود عليه للحال ولنا أنهما عملان مختلفان ببدلين مختلفين وكل واحد معلوم فيتعين أحدهما باختياره وترتفع الجهالة المفضية للمنازعة عيني (قوله صح الشرط الاول) أي يجب ما سمى اذا وجد العمل في اليوم الاول من اليومين المردد فيهما دون الثاني وهذا معنى قول المصنف وزمانا في الاول لان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في الاول فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم او نصف درهم فيكون الاجر مجهولا بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل يسمى على الانفراد فافترقا درر وزيلعي (قوله وفسد الثاني عند أبي حنيفة) لان الشرط الثاني عقد آخر فقد حصلت فيه تسميتان لان الموجود في اليوم الاول تسمية واحدة لان الثانية مضافة فصحت الاولى فاذا جازت التسمية الثانية اجتمع في الغد تسميتان والتسميتان في عقد واحد مفسدة فوجب اجر المثل عيني وكان الظاهر ابدال اذا من قوله فاذا جازت التسمية بلو كما يدل عليه قوله والتسميتان في عقد واحد مفسدة (قوله وان خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به درهم في ظاهر الرواية ولا ينقص عن نصف درهم) في رواية النوادر كذا في النسخ التي وقفت عليها حين القراءة فليراجع شرح الجامع الصغير البرهاني والصواب كما في العناية والنهاية وفتاوى قاضيخان والزيلعي وصدر الشريعة وابن مالك على المجمع لا يتجاوز به درهم ولا ينقص عن نصف درهم في ظاهر الرواية فان مفهوم قوله ولا ينقص عن نصف درهم في رواية النوادر ان اجر المثل ان كان نصف درهم او اكثر ينقص عن نصف درهم في ظاهر الرواية لما تقرر ان مفهوم المخالفة في رواية الفقهاء حجة ومفهوم توسط ظاهر الرواية بين نفي المجاوزة عن درهم

فهو أجير وحد الان يقول وترعى غنم غيري مع غنمي (ولا يضمن) الاجير الخاص (ما تلف في يده او ما تلف بعمله ومع ترديد الاجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول) أي ان قال للخياط ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك نصف درهم (فالشرطان جائزان عندهم وأي العملين عمل استحق ما سمى أجره وقال زفر والشافعي الشرطان فاسدان وعلى هذا صح ترديد الاجر بالترديد في صبغ الثوب بعصفر أو زعفران وان قال للخياط ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم صح الشرط الاول وفسد الثاني عند أبي حنيفة حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله لا يتجاوز به درهم في ظاهر الرواية ولا ينقص عن نصف درهم في رواية النوادر

ونفى النقصان عن نصف درهم ان اجر المثل ان زاد على درهم كان له اجر المثل زائدا على درهم فى غير ظاهر الرواية ولا وجود لهذا فالصواب ما مر بجعل مجموع النفيين قولا واحدا او جعل قوله فى ظاهر الرواية قيدا فى قوله ولا ينقص عن نصف درهم فقط وتأخير قوله فى رواية النوادر الى قوله وروى ابو يوسف عن أبى حنيفة انه لا يزاد على نصف درهم فان هذه هى رواية النوادر وقوله فى هذه الرواية ولا ينقص عن نصف درهم زيادة على ما وقفت عليه من الكتب المعتمدة وان كانت مستقيمة فى حد ذاتها فان نفى الزيادة على نصف درهم لا يستلزم النقصان عن نصفه وها أنا اذكر لك ما وقفت عليه قال فى الخانية فان خاطه فى اليوم الاول يجب المسمى فى ذلك اليوم وان خاطه فى اليوم الثانى يجب أجر المثل الا ان فى رواية الاصل يجب أجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم وفى النوادر يجب أجر المثل لا يزاد على نصف درهم وذكر القدورى الصحيح رواية النوادر ووجهه ان نصف الدرهم هو المسمى فى اليوم الثانى والمعنى انه صار راضيا به ووجه رواية الاصل والجامع الصغير ان التسمية الاولى باقية فى الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان وقال فى النهاية وذكر فى الايضاح واختلفت الرواية عن أبى حنيفة اذا خاطه فى اليوم الثانى وذكر فى الاصل والجامع الصغير انه يجب اجر المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن نصف درهم وذكر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة ان له فى اليوم الثانى اجر مثله لا يزاد على نصف درهم ثم قال وهذه الرواية هى الصحيحة ووجهها ان الاجارة الفاسدة يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المستحق والمسمى الثانى نصف درهم فأما الدرهم فهو المسمى فى اليوم الاول اه ومثله بتقديم رواية النوادر على ظاهر الرواية وعزو تصحيح رواية النوادر الى القدورى كما سبق فى العناية والتبيين وصدر الشريعة مقتصرين على نفى الزيادة على نصف درهم تبعا لمن سبقهم كقاضيخان وصاحب الايضاح كذا حرره شيخنا (قوله وقالا الشرطان جائزان) لانهما عقدان ببدلين مختلفين فيصح كلاهما عينى فصار نظير الخياطة الرومية والفارسية زيلعى (قوله الشرطان فاسدان) لانه اجتمع تسميتان فى اليومين لان المسمى فى الغد هو المسمى فى اليوم أيضا لان ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه ألا ترى انه لو قال خط الى هذا الثوب بدرهم اليوم لخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى فى الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين بمقابلة مبدل واحد مفسد كقوله خطه بدرهم او بنصف درهم لكون الاجر مجهولا زيلعى مع عناية (قوله ولا ينقص عن نصف درهم) هذه زيادة على ما فى الزيلعى وهو ثابت فى بعض النسخ دون البعض الآخر ولعل الصواب حذفها كذا ذكره شيخنا (قوله فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة) لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى عناية وفيه ان هذه الاولوية بالنسبة للتأخير الى ما بعد الغد وليس الكلام فيه اما بالنسبة الى ما ذكره من قوله فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة فلا اولوية والكلام فيه كذا ذكره شيخنا (قوله وصح ترديد العمل فى الدكان) فى هذا المزج نظر والصواب كما هو مقتضى العطف على الثوب ان يقال وصح ترديد الاجر بترديد العمل فى الدكان وكذا يقال فيما بعده حموى وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء ولو بين أربعة لم يجز كما فى البيع در لكن يجب اشتراط خيار التعيين فى احدى الروايتين فى البيع وكلا الروايتين مصحح شرنبلالية (قوله وقالا الاجارة فيه غير جائزة) لان المعقود عليه واحد والاجران مختلفان ولا يدرى ايهما يجب فلا يصح وبه قال زفر والثلاثة وله ان اقل الاجرين يجب بتسليم المحل والزيادة موقوفة على ظهور العمل ولو كان كل الاجر موقوفا على ذلك اى على ظهور العمل كما فى مسئلة الخياطة الرومية والفارسية جاز فهذا اولى عينى (قوله وقالا لا يجوز) صوابه وانهما قالا لا يجوز حموى (قوله بلا شرط) لان مطلق العقد يتناول الخدمة فى الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق ومثل الشرط ان يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف به لان الشرط ملازم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان بخلاف

العبد

وقالا الشرطان جائزان وقال زفر والشافعى الشرطان فاسدان وهو القياس وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة انه لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه فى اليوم الثالث فالصحيح انه لا يتجاوز نصف درهم عند أبى حنيفة والصحيح عندهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه هذا اذا قال على سبيل الترديد اما اذا قال ان خطته اليوم فلك درهم كان له درهم وان خاطه فى الغد وكذا ان قال ان خطته غدا فلك نصف درهم كان له نصف درهم وان خاطه فى اليوم كذا فى شرح الجامع الصغير البرهانى (و) صح ترديد العمل (فى الدكان والبيت) اى ان قال اجرتك هذا الدكان او البيت على انك ان سكنته عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالاجارة جائزة واى العملين عمل استحق المسمى فيه وقالا الاجارة فيه غير جائزة (و) صح ترديد العمل (فى الدابة مسافة) أى ان قال اجرتك هذه الدابة الى مكة بدرهم وان جاوزتها الى المدينة فبدرهمين فهو جائز ذكر محمد هذه المسئلة ولم يحك فيها خلافا فاحتمل ان يكون قول الكل واحتمل ان يكون قول أبى حنيفة وقالا لا يجوز (و) صح ترديد العمل فى الدابة (حملا) ان قال اجرتك هذه الدابة الى مكة على انه ان حمل عليها كر شعير فاجره نصف درهم وان حمل كر حنطة فاجره درهم جاز عنده وعندهما لا يجوز (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) فان سافر به

العبد الموصى بخدمته فان له ان يسافر به مطلقا لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف فى حقه زيلعى مع تنوير (قوله فهو ضامن لمولاه) أى ضامن العبد ان هلك لمولاه حموى (قوله وان ردّه الخ) الصواب حذف هذه الواو حموى وفيه نظر ومثل ما فى الشرح فى العينى والزيلعى والتنوير (قوله ولا يأخذ المستأجر الخ) والقياس ان يأخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له ان يسترده وكذا الصبى المحجور عليه اذا أجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع مما ينفعه من التصرفات وفى النهاية الاجر الذى يجب فى هاتين الصورتين اجر المثل زيلعى وقول الحموى وفى شرح العينى ما يخالفه فليراجع اه يعنى شرح العينى على الهداية فان اعتقه المولى فى نصف المدّة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره الولى ثم اعتقه فى نصف المدّة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه العاقد تبيين وقول العينى واذا هلك العبد المحجور فى حالة الاستعمال يجب عليه قيمته ولا يجب عليه الاجر اه يعنى اذا أجر نفسه فلو ذكره مقدما كالزيلعى لكان اولى لما فى التأخير من الايهام (قوله لا يضمن عند أبى حنيفة) كما لا يضمن اتفاقا واجره الغاصب لان الاجر له لا للمالك تنوير وشرحه (قوله وعندهما انه يضمن) الظاهر حذف انه حموى وجه الضمان انه اتلف مال الغير بغير اذنه وله ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او يد نائبه والغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس فى يد نفسه فهو نظير المال المسروق فى يد السارق بعد القطع بخلاف ولد المغصوب حيث يضمنه الغاصب لانه جزء الام لا بدل المنفعة ولهذا لو استولدها لا يكون الولد له ولو اجر العبد كان الاجر له زيلعى (قوله ولو وجده ربه اخذه) لانه عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك عينى كمسروق بعد القطع در (قوله وصح قبض العبد اجره) الحاصل من ايجاره نفسه اتفاقا لانه نفع محض مأذون فيه كقبول الهبة وفائدته تظهر فى حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه لا لو اجره المولى الا بوكالة لانه العاقد درر ودرر قال الحموى هذا التركيب قليل يعنى ما سبق من قول المصنف وصح قبض العبد اجره لان اضافة المصدر الى فاعله وذكر المفعول قليل وقوله اجره أى أجر عمله (قوله والشهر الاوّل يكون باربعة الخ) لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلى العقد تحريا الى الجواز فينصرف الثانى الى ما يلى الاول ضرورة درر قوله حكم الحال) اى يكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده فى الحال يدل على وجوده فى الماضى فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يكن حجة زيلعى (قوله والعبد مريض او آبق) لو حذف هذا لكان اولى ليتجه قوله فان كان آبقا او مريضا الخ اذ بعد الحكم بمرضه او اباقه كيف يردد بينه وبين عدمه شرنبلالية (قوله وقال رب العبد الخ) وكذا لو أنكر ذلك بالمدّة شرنبلالية (قوله فالقول للمستأجر) يعنى بيمينه (قوله فالقول للمؤجر) أى مع يمينه كما سبق لكنه يشكل من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب اقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا اذا ادعت الامة العتق قبل الولادة والمولى ادعى العتق بعدها او اختلفا فى بيع الثمر مع الشجر يكون القول لمن فى يده الولد والثمر تحكيما للحال زيلعى فالحال فى الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة عناية وقول الزيلعى فى الجواب انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد أى مع تسليم العبد اليه فى المدة كما فى العناية بخلاف ما اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فانه لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح للدفع واعلم ان ثمرة دعوى الامة العتق قبل الولادة تظهر فى حرية الولد لعتقه تبعا لها (قوله والقول لرب الثوب الخ) أما فى الاولين

فهو ضامن لمولاه ولا أجر عليه وان ردّه على مولاه بعد ذلك (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا اذا دفعه لعمله) استحسانا (ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من اجره) اى ان غصب عبدا فأجر العبد نفسه وسلم من العمل صحت الاجارة فان اخذ العبد الاجرة واخذ الغاصب الاجر منه فأكله لا يضمن عند ابى حنيفة وعندهما انه يضمن (ولو وجد ربه اخذه وصح قبض العبد اجره) ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح) العقد (و) الشهر (الاوّل) يكون (باربعة) والثانى بخمسة (ولو اختلفا فى اباق العبد ومرضه وجرى ماء الرحى حكم الحال) حتى لو استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى أول الشهر ثم جاء فى آخر الشهر والعبد مريض او آبق فاختلفا فقال المستأجر أبق او مرض حين اخذته وقال رب العبد لم يكن ذلك الا قبل ان يأتينى بساعة فالقول للمستأجر ولو كان صحيحا فى الحال او غير آبق فالقول للمؤجر (والقول لرب الثوب فى القميص والقباء والحمرة والصفرة) اى فيما اذا قال رب الثوب امرتك ان تخيطه قباء وقال الخياط بل قميصا فالقول لرب الثوب وان قال رب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر

فلأن الاذن يستفاد من جهته فكان اعلم بكيفيته ولانه لو أنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لو أقر به يلزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى زيلعى وتبعه العينى والحموى وجرى عليه بعضهم قال شيخنا نقلا عن عزمى زاده هذا سهو ومخالف لكلام القوم والذى فى عامة الكتب وان شاء أخذه واعطاه أجر مثله وههنا قيدان الاول اختلافهما بعد العمل أما قبله فيتحالفان كما فى الدرعن الاختيار الثانى ان لا يكون لهما بينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط شيخنا عن عزمى زاده (قوله فصبغه الخ) صبغ الثوب من باب قطع ونصر مختار (واختلاف الصانع مع رب الثوب فى مقدار الاجر حكم قيمة الصبغ بخلاف سائر الاجارات شيخنا عن الزيلعى من باب المهر (قوله والقول لرب الثوب فى الاجر وعدمه) لان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر زيلعى وتبعه العينى وفى التعبير بالمستأجر نظر اذ كيف يكون مستأجرا له مع كونه منكرا تقوم عمله ووجوب الاجر عليه فلو عبر برب الثوب بدلا عن المستأجر لكان صوابا (قوله فالقول لرب الثوب مطلقا) أى عند الامام قال فى الهداية والقياس ماقاله فعلى هذا يكون المصنف آخذا بالقياس فى هذه المسئلة حموى (قوله حريفاله) أى معاملا وجمعه حرفاء كشريف وشرفاء (قوله ففعل ذلك مرارا) قال فى العناية بان تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر (قوله وقال محمد الخ) وبه يفتى لشهادة الظاهر شرنبلالية عن الصغرى والتبيين (تتمة) الاجرة للارض كالخراج على المعتمد فاذا استأجرها للزراعة فاصطلم الزرع آفة وجب منه لما قبل الاصطلام وسقط ما بعده اشباه لكن جزم فى الخانية برواية عدم سقوط شئ حيث قال أصاب الزرع آفة فهلك اوغرق ولم ينبت لزم الاجر ولو غرقت قبل الزرع فلا أجر عليه درو فى الاشباه ادعى نازل الخان او المعد للاستغلال الغصب لم يصدق والاجر واجب اه واعلم ان منافع الغصب تضمن فى ثلاث مسائل على ماهو المفتى به الوقف وعقار اليتيم والمعد للاستغلال

(باب فسخ الاجارة)

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذ الفسخ يعقب العقد عناية (قوله وتفسخ بالعيب) لاقتضاء العقد السلامة ولو استوفى مع العيب فقد رضى فيلزمه كل البدل ولو ازال المؤجر العيب فلا خيار له ولابد من حضرة المؤجر للفسخ لان الرد بعيب شرطه ذلك اتفاقا فلو فسخ بلا حضوره لزمه الاجر لان الرد لم يصح ولو انهدم كل الدار كان له الفسخ عند غيبته ويسقط الاجر عند الكل حموى عن الخانية واعلم ان خيار العيب فى الاجارة يفارق خيار العيب فى البيع فانه ينفرد المشترى بالرد فى البيع قبل القبض وأما بعده فيشترط القضاء أو الرضاء وفى الاجارة ينفرد المستأجر بالرد قبل القبض وبعده حموى عن البرجندى وفى الدر عن حاشية الاشباه معزيا للنهاية ان العذر ظاهرا ينفرد بالفسخ وان مشتبها لا ينفرد وهو الاصح اه واعلم انه يشترط للفسخ بالعيب عدم رؤياه وقت الاجارة قال فى الاختيار وان رأى هذه العيوب وقت الاجارة فلا خيار له لرضائه به وعلى المستأجر رمى التراب والرماد المجتمع فى الدار من كنسه لانه ليس من باب السكنى وكرى نهر رحى الماء على الآجر الا ان يكون شرطه على المستأجر كذا بخط شيخنا (قوله يضر بالسكنى) أو الخدمة سواء كان العيب قديما أو حدث بعد العقد أو بعد القبض وقيدنا بكون العيب مضرا لانه لو لم يضر بالنفع كما لو سقط حائط من الدار ولم يخل بالسكنى لا تفسخ الاجارة كذا فى البرجندى والاصل فيه ان العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر فى المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد اذا مرض والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب قبل القبض يوجب الخيار

فصبغه اصفر وقال الصباغ بل امرتنى اصفر فالقول لرب الثوب (و) القول لرب الثوب فى (الاجر وعدمه) أى ان قال رب الثوب عملته لى بغير اجر وقال الصباغ بأجر فالقول لرب الثوب مطلقا وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له اى بينهما الاخذ والاعطاء كالخياط يخيط الثوب باجرة ففعل ذلك مرارا فله اجر والا فلا وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بأجر فالقول له

*(باب فسخ الاجارة) تفسخ بالعيب ان استأجر دارا او وجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ (وخراب الدار

وان لم يؤثر فى المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه أو سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به فى سكناها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين لا بالمنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار حموى عن الاتقانى (قوله وانقطاع الماء عن الضيعة الخ) كما لو كانت تسقى بماء السماء فانقطع المطر فلا أجر در عن الخانية (قوله وماء الرحى) لان كلا منهما يفوت النفع به فيثبت خيار الفسخ ولا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار وكما تنفسخ بعيب يفوت النفع به فكذا بعيب تختل المنفعة به بحيث يجوز ان ينتفع به فى الجملة كمرض العبد ودبر الدابة فلو لم تختل المنفعة او انتفع بالمنفعة المختلة فلا خيار له در وعزمى زاده ودبر الدابة جرح ظهرها او خفها قهستانى عن ابن الاثير (تتمة) ذكر فى شرح الاسبيجابى لمختصر الطحاوى من كتاب المزارعة ما نصه اذا جاء من الماء مقدار ما يزرع به بعض الضيعة كان المستأجر بالخيار ان شاء نقض الاجارة كلها وان شاء لم ينقضها وكان للمؤجر بحساب ما روى منها كذا بخط شيخنا (قوله فى هذه المسائل الثلاث) صريح فى قصر الخلاف عليها خلافا لما يظهر من سياق كلام الدرر ولهذا قال عزمى زاده يظهر من سياق كلام الدرر ان تكون تلك الخلافية جارية فى غير هذه المسائل الثلاث وليس الامر كذلك (قوله فقيل تنفسخ) لفوات المقصود ولان المعقود عليه وهى المنافع قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض والاول اصح لان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض ولو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر فأراد المستأجر ان يسكنه فى بقية المدة فليس له ان يمنعه وليس للمستأجر ان يمتنع وما فى الزيلعى وغيره من انه اذا انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه الاجرة بحصته لانه بقى شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمه حصته اه يحمل على ما اذا انقضت مدة الاجارة قبل الفسخ بعد انقطاع ماء الرحى لانه بانقطاعه يثبت له خيار الفسخ والمراد من قوله فاذا استوفاه الخ التمكن من الاستيفاء (قوله بموت أحد المتعاقدين) اطلاقه شامل لمستأجر الوقف لنفسه فتنفسخ بموته وبه صرح قارى الهداية فى فتاواه قبل آخرها بورقتين والتقييد بالموت للاحتراز عن الجنون فلا تنفسخ الاجارة به ولو مطبقا كما فى الخلاصة من باب اجارة الظئر وفى فتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا واذا اجر الاب ارض الصغير او الوصى ومات لا تبطل الاجارة وكذا لا تبطل اجارة الظئر بموت والد الصبى الذى استأجرها وتبطل بموت الصبى وكذا لا تبطل الاجارة بموت الواقف المؤجر قبل انقضاء المدة والقياس ان تبطل وبه أخذ أبو بكر الاسكاف لانه فى معنى المالك وجه الاستحسان انه عقدها لغيره كالوكيل والعمل على الاستحسان شلبى عن الزيلعى (قوله ان عقدها لنفسه) الا لضرورة ككونه فى طريق مكة ولا حاكم فى الطريق فتبقى بالاجر المسمى فيرفع الامر الى القاضى ليفعل ما هو الاصلح فيؤجرها له لو امينا أو يبيعها بالقيمة ويدفع له أجرة الاياب ان برهن على دفعها وتقبل البينة هنا بلا خصم لانه يريد الاخذ من ثمن ما فى يده ولو رضى الوارث وهو كبير ببقاء الاجارة ورضى به المستأجر جاز فيجعل الرضاء بالبقاء انشاء للعقد لجوازها بالتعاطى واعلم ان المستأجر والمرتهن والمشترى احق بالعين من سائر الغرماء لو العقد صحيحا ولو فاسدا فاسوة الغرماء در عن الاشباه وحاشيتها وجامع الفصولين وقوله فيرفع الامر الى القاضى الخ يعنى بعد الوصول الى المقصد فلا ينافى قوله قبله ولا حاكم فى الطريق (تتمة) سكن المستأجر بعد موت المؤجر ومضى المدة فالفتوى على انه لا يجب الاجر بالسكنى قبل الطلب لا فرق بين المعد للاستغلال وغيره خانية وفى الخلاصة الفتوى على انها ان كانت معدة للاستغلال يجب الاجر على كل حال اه حموى وقوله على كل حال أى سواء وجد الطلب ام لا بقى ان يقال ما نقله الحموى عن الخانية من ان الاجر لا يجب قبل الطلب مخالف لظاهر ما فى الدر عن الخانية حيث قال استأجر دارا او حماما او ارضا شهرا فسكن شهرين هل يلزمه اجر الثانى ان معدا للاستغلال نعم والا لا وبه يفتى قال قلت فكذا الوقف ومال اليتيم وهل يلزمه المسمى او اجر المثل ظاهر القنية الثانى الخ

وانقطاع الماء عن الضيعة و) ماء (الرحى) وقد اختلف المشايخ فى هذه المسائل الثلاث فقيل تنفسخ بنفسها ولا يحتاج الى الفسخ (و) تنفسخ (بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه)

اللهم الا ان يحمل ما فى الدرعن الخانية على ما اذا وجد الطالب فتزول المخالفة (قوله وقال الشافعى لا تنتقض بموتهما) لان المنافع عنده كالاعيان فكما لا تبطل فى العين لا تبطل فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التى تستحق بالعقد هى التى تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه ولم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستأجر فلو بقى العقد انما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا الوامات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته زيلعى (قوله وان عقدها لغيره لا الخ) لبقاء المستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وتنفسخ بموت احد المستأجرين او المؤجرين فى حصته فقط وبقيت فى حصة الحى وقال زفر تبطل فيهما لان الشيوع مانع قلنا الشروط يراعى وجودها فى الابتداء لا البقاء كالشهادة فى النكاح درر لانه شيوع طارئ لا مقارن كذا بخط شيخنا (قوله كالوكيل) أى بالاجارة واما الوكيل بالاستئجار اذا مات تبطل الاجارة لان التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع فصار كالتوكيل بشراء الاعيان فيصير مستأجرا لنفسه ثم يصير مؤجرا للموكل فهو معنى قولنا ان الوكيل بالاستئجار بمنزلة المالك كذا نقله المصنف عن الذخيره قلت ومثله فى شرح المجمع والبزازية والعمادية ثم قال المصنف قلت هذا مستقيم على ما ذكره الكرخى ثم من ان الملك يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل وأما على ما قاله ابو طاهر من انه يثبت للموكل ابتداء وبه جزم فى الكنز وهو الاصح كما فى البحر فلا يستقيم وتعقبه شيخنا بانه غير مستقيم على ما ذكره الكرخى أيضا لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل لان ملكه غير مستقر والموجب للعتق الملك المستقر درر (قوله والمتولى فى الوقف) اطلقه فعم ما لو كان موقوفا عليه وبه صرح القهستانى وهو ظاهره يفيد عدم انفساخ الاجارة فى الوقف بموت المتولى بعد ان عقدها وان كان الوقف خاصا به بان كان جميع غلته له وهذا هو الموافق لاطلاق المتون وبه افتى قارى الهداية فكان هو المذهب خلافا لما فى الاشباه معزيا للوهبانية (فرع) تخلية العبد باطلة فلو استأجر قرية وهو بالمصر لم يصح تخليتها على الاصح فينبغى للمتولى ان يذهب للقرية مع المستأجر او غيره فيخلى بينه وبينها او يرسل وكيله او رسوله لكن فى حاشية الاشباه عن فتاوى قارى الهداية متى مضى مدة يتمكن من الذهاب اليها يكون قابضا درر بقى ما لو تعجل المتولى الاجرة ثم مات قبل مضى المدة فان الوقف اهليا والغلة للقابض فمن انتقل الحق اليه ان يأخذ من المستأجر اجرة ما آل اليه فان كان الميت ترك مالا رجع بذلك فى ماله والا ضاع عليه وان كان غيرا هلى لا يضيع بل يرجع على الوقف او فى مال الميت يراجع فتاوى الطورى وتكملة البحر (قوله وتفسخ بخيار الشرط) للمؤجر او للمستأجر ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار درر وعزمى زاده بخلاف الصرف والسلم لمنعه تمام القبض المستحق بالعقد واذا فسخ الاجارة فى اليوم الثالث لا يجب عليه اجر يومين لانه لا يتمكن من استيفاء المنفعة لانه لو انتفع بطل خياره حموى عن العمادية ونقل عن الجوهرة ان ابتداء مدة الخيار يعتبر من وقت الاجارة (قوله والرؤية) أى وتفسخ الاجارة بخيار الرؤية بالبصر كما فى نظم ابن الفصيح فانه اذا استأجر شيئا لم يره فاذا رآه له ان لا يقبله قلت فلو اجر ما لم يره هل يصح ويكون له الخيار اذا رآه كما فى البيع لم اره حموى والظاهر ان لا سقطت من كلامه وصواب العبارة ولا يكون له الخيار اذا رآه يدل عليه قوله كما فى البيع (قوله خلافا للشافعى فى الاولى والثانية) اما عدم الجواز فى الاولى فلأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد من تلف شئ من المنفعة فى مدة الخيار وان كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لان ما مضى من المنفعة فى مدة الخيار لا يمكن تسليمه وأما عدم الجواز فى الثانية فلأن الاجارة شراء المنافع ولا يجوز ان يشترى ما لم يره للجهالة ولنا ان هذه الجهالة لا تمنع الجواز لانها لا تفضى الى المنازعة لانه اذا رآه ولم يوافقه رده وقد قال عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه (قوله عن المضى فى موجبه) أى موجب العقد وهو حكمه عينى (قوله تنفسخ بنفس العذر الخ) وعلى هذا فلا يكون هذا الاختلاف قاصرا على المسائل الثلاثة التى تقدمت خلافا لما قدمناه عن عزمى

زاده

وقال الشافعى لا تنتقض بموتهما (وان عقدها لغيره لا) تنفسخ بموته (كالوكيل) والاب (والوصى والمتولى فى الوقف وتفسخ بخيار الشرط والرؤية وبالعذر) عندنا خلافا للشافعى فى الاولى والثانية (وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) ثم العذر اذا تحقق تنفسخ بنفس العذر عند بعض المشايخ وعند عامة المشايخ يحتاج فيه الى الفسخ وهو الصحيح ثم الفسخ هل يحتاج فيه الى القضاء او رضا العاقد الآخر

زاده (قوله ذكر فى الزيادات الخ) صححه شمس الائمة السرخسى (قوله وأشار فى الجامع الصغير الخ) صحح قاضيخان والمحبوبى قول من وفق فقال ان كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر أى لكونه ظاهرا وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر أى لان يظهر العذر شيخنا عن العناية (قوله فسكن الوجع الى قوله فاختلعت) أما فى سكون الوجع فلانه لو بقى العقد لزم قلع سن صحيح وهو غير مستحق بالعقد وأما فى الخلع فلأنه لو بقى العقد يتضرر المستأجر باتلاف ماله فى غير الوليمة درر وغيرها ومقتضاه انه لو لم يخالعها أو لم يسكن الوجع لم يملك فسخها لكن فى الشرنبلالية له الفسخ مطلقا وليس ماذكر شرطا لان الانسان لا يجبر على اتلاف ماله ولا جسده لانه قد تتلف لهاته بالقلع ولهذا قالوا فى القصاص يبرد سن الجانى تحاميا عن اتلاف لهاته بنزعه ولا يجبر على اطعام ماله لمن لا يشكره هذا ماظهر لى ثم رأيته فى البدائع الا مسئلة الخلع لكنه يفيد ذلك (قوله فأفلس) اما بديون كثيرة وصار بحال لا تأمنه الناس على امتعتهم أو بظهور خيانة عند الناس فامتنعوا من معاملته عزمى (قوله ولزمه دين بعيان أو بيان) ولا مال له سواه أى لزمه دين لا يقدر على قضائه الا ببيع ما أجرفانها تفسخ والا لزم ضرر الحبس ويكفى توقع الحبس وان لم يحبس بالفعل على ما يظهر من كلام الهداية ويخالفه ما فى المبسوط حيث قال اذا كان على المؤجر دين فحبس فهو عذر حموى عن البرجندى وأقول فى كون كلام المبسوط يفيد عدم الاكتفاء بتوقع الحبس وانه لا بد من الحبس بالفعل نظر ظاهر لان التنصيص على الشئ لا ينفى الحكم عما عداه قال الزيلعى اختلفوا فى كيفية الفسخ قال بعضهم يبيع الدار ولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع اهـ وأقول فى كون البيع يفسخ الاجارة ضمنا اشكال لان الاجارة لا تنفسخ بالبيع وانما يثبت للمشترى خيار الفسخ أو ينتظر فراغ مدة الاجارة ان لم يكن له علم بالاجارة وقت البيع فان كان له علم بها لزمه انتظار فراغ مدة الاجارة ولا يتخير اللهم الا ان يكون عدم فسخ الاجارة بالبيع مقيدا بان لا يكون البيع لاجل الدين ثم اعلم ان البيع لاجل الدين مقيد بان لا تكون الاجرة المعجلة تستغرق قيمة العين المؤجرة فان كان لم تبع در (قوله والظاهر ان أحدهما مغن عن الآخر) يعنى قوله بعيان أو بيان من المؤجر أشار به الى ان المراد بالعيان البينة التى يقيمها رب الدين وبالبيان البينة التى يقيمها المؤجر على ماركبه من الدين الذى أوجب له بيع الدار المؤجرة حموى فى الحاشية وأقول ذكر العينى وغيره كالزيلعى والدرر وجرى عليه الحموى فى شرحه ان العيان المشاهدة من الناس والبيان اقامة البينة وعليه فيكون عطف البيان على العيان من عطف المغاير ولا يستغنى حينئذ بأحدهما عن الآخر (قوله وان المراد بالاقرار الخ) عطف على قوله ان أحدهما حموى (قوله فبدا له منه الخ) يقال بداله فى هذا الامر بداء بالمد أى نشأله فيه رأى وانى أفندى عن الصحاح ومرجع الضمير فى منه من قوله فبدا له منه هو الاستئجار (قوله ليس بعذر على رواية الاصل) لانه يمكنه ان يقعد ويبعث دابته على يد تلميذه أو اجيره فلا يلحقه ضرر (قوله وروى الكرخى انه عذر) قال فى السراج الوهاج والمعراج وهو الاظهر لان غيره لا يقوم مقامه فى الشفقة كذا بخط شيخنا وفى الملتقى لو مرض فهو عذر فى رواية الكرخى دون رواية الاصل قلت وبالاولى يفتى وفى الاشباه لا يلزم المكارى الذهاب معها ولا ارسال غلام وانما يجب تخليتها در

(مسائل متفرقة)

(قوله مستأجرة او مستعارة) ومثله أرض بيت المال المعدة لحط القوافل والاحمال ومرعى الدواب وطرح الحصائد وحاصله انه ان لم يكن له حق الانتفاع فى أرض يضمن ما أحرقته فى مكانه بنفس الوضع لا مانقلته الريح على ما عليه الفتوى لان الريح نسخت فعله در وعينى (قوله لم يضمن) لان هذا تسبيب

ذكر فى الزيادات انه يشترط القضاء
اوالرضا واشار فى الجامع الصغير وفى
الاصل انه لا يشترط القضاء اوالرضا
(كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه
فسكن الوجع او ليطبخ) له طعام
الوليمة (فاختلعت) امرأته (منه)
اوماتت (اوحانوتا ليتجر فيه فافلس
اوأجره ولزمه دين بعيان او بيان) من
المؤجر (اوباقرار) منه والظاهران
احدهما مغن عن الآخر وان المراد
بالاقرار السابق على الاجارة والا يلزم
ان يكون حجة متعدية (ولا مال له سواه
اواستأجر دابة للسفر فبدا له منه) اى
فظهر له منه (رأى) يعنى ندم عنه
(لا للمكارى) اى ان بدا للمكارى
رأى منه فانه ليس بعذر على رواية
الاصل وروى الكرخى انه عذر
(مسائل متفرقة ولو احرق حصائد
ارض مستأجرة او مستعارة فاحترق
شئ) من الزرع ونحوه (فى ارض غيره
لم يضمن)

وانما وضع المسئلة فيما دون ارض ملكه لانه لما لم يضمن هنا فعدم الضمان بالاحراق فى ارضه بالطريق الاولى والحصائد جمع حصيدة اى محصودة أراد ما يبقى فى الارض من اصول القصب محصودة كذا فى المغرب قال الامام السرخسى هذا اذا كانت الريح هادنة من هدن أى ساكنة وفى نسخة هادئة بالياء من هدأ بالهمز أى سكن حين أوقد النار ثم تغيرت فاما اذا كانت مضطربة ينبغى ان يضمن ولو سقى شيئا لاتحتمله الارض فتعدى الى أرض جاره يضمن (وان اقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) صورته خياطا أو صباغا اقعد فى حانوته خياطا أو صباغا على ان يتقبل العمل و يطرح عليه ويكون الاجر بينهما نصفين صح استحسانا (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا) بفتح الميم الاول وكسر الثانى أو بالعكس الهودج الكبير (وزا كبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد) وفى القياس لايجوز وهو قول الشافعى (ورؤيته) أى رؤية الجمال المحمل (احب ولمقدار زاده) عطف على قوله ليحمل لان معناه لان يحمل أى للحمل يعنى استأجر جملا ليحمل مقدار زاده فحمل (فأكل منه) فى الطريق (رد عوضه) أى جزءه ان يرد عوض ما أكل (وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف) اى تصح هذه الاشياء الاربعة عشر عندنا خلافا للشافعى حال كون المذكور اوكل واحد (مضافا) الى الزمان المستقبل

وشرط الضمان التعدى ولم يوجد فصار كمن حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرر النار الى طريق العامة وأحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئا لم يضمن عينى والعلاة من قوله فوضعه على العلاة هو السندان شيخ شاهين (قوله وانما وضع المسئلة الخ) وعليه فالتقييد به اتفاقى بالنظر للارض المملوكة اما بالنظر الى ما لم يكن له حق الانتفاع فيها كما قدمناه عن الدرفاحترازى (قوله والحصائد) جمع حصيدة وحصيد وهو الزرع المحصود (قوله هادنة) بالنون حموى عن النهاية (قوله حين اوقد النار) متعلق بقوله هادنة (قوله ينبغى ان يضمن) لان موقد النار يعلم انه لا يستقر فى ارضه فيكون مباشرا درر (قوله لاتحتمله الارض) بان كانت صعودا وارض جاره هبوطا يعلم انه لو سقى أرضه نفذ الى جاره ضمن ولو كان يستقر فى أرضه ثم يتعدى الى ارض جاره فلو تقدم اليه بالاحكام ولم يفعل ضمن ويكون هذا كالشهاد على حائط ولو لم يتقدم لم يضمن شرنبلالية عن جامع الفصولين (قوله فتعدى الى أرض جاره يضمن) لانه مباشر لا متسبب (قوله وان أقعد خياط الخ) سواء اتحد العمل او اختلف كخياط مع قصار درر (قوله على ان يتقبل) أى الخياط الذى اقعد فى حانوته خياطا وذلك بان كان صاحب الدكان ذا جاه ولا حذاقة له بالصنعة فأقعد من يعلم و يعمل بالنصف ويجوز ان يكون الضمير راجعا للخياط الذى لاحانوت له وذلك بان كان صاحب الدكان حاذقا ولكنه غير معروف لا يؤتمن ولا يقصد فأقعد على دكانه معروفا غير حاذق ليطرح هذا الذى قعد على صاحب الدكان بالنصف قال فى البيانية والاول أشبه حموى (قوله صح) استحسانا وكان القياس ان لايجوز لانه استأجر بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحسانا لانه شركة الوجوه فى الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذا بحذاقته يعمل فتنتظم المصلحة ولا تضر الجهالة فيما يحصل لما علمت انها شركة لا اجارة هداية ودر رغان قلت قال الزيلعى وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا شيئا بوجوههما و يبيعا وهذا ليس فيه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما يبدو وتبعه العينى وغيره كالشرنبلالية والحموى وشارح التنوير قلت نقل شيخنا عن عزمى زاده ان صاحب الهداية لم يرد بشركة الوجوه ما هو المصطلح عليه المار فى كتاب الشركة بل مراده بها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بوجاهته يرشدك اليه هنا قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فاندفع الاشكال (قوله وفى القياس لايجوز) يعنى للجهالة أما فى الاستحسان فيجوز لان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد حموى وعينى (قوله ورؤيته أحب) لانه اقرب الى حصول الرضا وانفى للجهالة (قوله لان معناه لان يحمل الخ) يعنى فهو عطف على المعنى حموى (قوله فحمل فأكل منه) يشير الى ان المعطوف عليه محذوف من كلام المصنف (قوله وتصح الاجارة وفسخها الخ) شروع فى بيان العقود التى يصح اضافتها والتى لا يصح (قوله والقضاء) اعلم ان القاضى يستحق الاجر على كتب الوثائق والمحاضر والسجلات قدر ما يجوز لغيره كالمفتى فانه يستحق أجر المثل على كتابة الفتوى لان الواجب عليه الجواب باللسان (قوله خلافا للشافعى) لان المنافع عنده كالاعيان فلا يجوز اضافتها كاضافة البيع ولنا ان العقد يتجدد بحسب حدوث المنافع فيجوز اضافتها ولا فرق فى الاجارة المضافة بين أن يقول اجرتك هذه الدار غدا واذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى خلافا لمن فرق بينهما شلبى عن الولوالجية والعمادية (قوله حال كون المذكور أوكل واحد) يشير الى ان قوله مضافا حال من الاجارة وما عطف عليها بأحد التأويلين اللذين ذكرهما حموى (قوله مضافا الى الزمان المستقبل) منصوب على الحال من فاعل تصح وهى حال تعقبت جملا متعاطفة فتكون قيدا فى الجميع حموى (قوله الى الزمان المستقبل) وقع

فى

فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى الى زمان المستقبل فلهذا قال الظاهر أن يقال الى الزمان المستقبل الان يقال الاضافة بيانية اه (قوله لا البيع واجازته) لان هذه الاشياء تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وماشا كلها لا يمكن فيه التمليك وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه فى البيوع زيلعى (قوله اذا جاء غدا الخ) فيه نظر لان هذا تعليق لا اضافة حموى واقول المراد بالاضافة ما يشمل التعليق بدليل ما قدمناه عن الشلبى معزيا للولوالجية والعمادية اذ قوله ولا فرق فى الاجارة المضافة الخ صريح فى ان فى التعليق اضافة (تتمة) للمستأجر ان يؤجر المؤجر بعد قبضه قيل وقبله من غير مؤجره وأما من مؤجره فلا يجوز وان تخلل ثالث به يفتى لزوم تمليك المالك وهل تبطل الاولى بالاجارة للمالك الصحيح لا در فيكون للمستأجر استرجاعها ولا تجب عليه الاجرة مادامت فى يد المؤجر على ما فى المنتقى وفى البزازية لا يسقط الاجر عن المستأجر واستظهره فى شرح الوهبانية وكان وجهه ان المستأجر هو الذى فوت التمكن من استيفاء المنفعة على نفسه

*(كتاب المكاتب *

قال فى شرح الوهبانية ذكر هذا الكتاب بعد العتاق انسب اه وقال الاتقانى فى وجه المناسبة ان كل واحد من الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بطريق الاصالة بمقابلة ما ليس بمال بخلاف النكاح والطلاق والعتاق على مال فان العوض ليس بأصل فى الطلاق والعتاق وكذا فى النكاح لانه يصح بلا تسمية المال وقال فى الدرر مناسبته للاجارة ان فى كل منهما ملك الرقبة لشخص والمنفعة لغيره ووجه تقديم الاجارة كما فى العناية انها تشبه البيع من حيث التمليك وكان الانسب ان يقال كتاب الكتابة كما فى نظائرها قال البرجندى ويجوز ان يكون المكتب مصدرا ميميا فلا اشكال قال الحموى وفيه تأمل (قوله تحرير المملوك يدا فى الحال ورقبة فى المآل) فان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة درر قال الكمال لا معنى لقولهم المكاتب مالك بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك فى انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه شرنبلالية وقوله رقبة أى ذاتا فانها وان كانت فى الاصل العنق الا انها جعلت كناية عن مجموع ذات الانسان تسمية للكل باسم الجزء قهستانى (قوله من محل المفعول) الذى هو المكاتب اذ هو فى محل نصب على المفعولية (قوله بدل البعض من الكل) فيه نظر لان بدل البعض من الكل لا بد فيه من رابط وليس هنا رابط ولان اليد هنا بمعنى التصرف لا الجارحة التى هى بعض المكاتب والظاهر ان يقال انه بدل اشتمال والرابط محذوف حموى (قوله الايجاب والقبول) بلفظ الكتابة او ما يؤدى معناه كان يقول لعبده ان اديت الفا فأنت حر او كاتبتك على الف فقبل لانها معاوضة فلا بد من الايجاب والقبول در ودرر قال فى الشرنبلالية قوله ان اديت الى الفا فأنت حر مناقض لما قدمه فى باب العتق على جعل فانه قال المعلق عتقه بالاداء بأن قال ان اديت الى الف درهم فأنت حر مأذون لا مكاتب فجاز بيعه ولا يكون احق بمكاسبه اه فكيف يجعله من صيغ المكاتبة وحكمهما متباين قال شيخنا وهذا الاعتراض ساقط مما وجد من مناهى المصنف يعنى صاحب الدرر ونصه قوله فقبل معتبر فى المثالين وبه يكون المثال الاول مثالا للكتابة بخلاف ما سبق فانه فيه انما صار مأذونا لا مكاتبا باعتبار عدم القبول فيه (قوله وحكمها الخ) والملك فى البدل اذا قبضه در (قوله صيرورة العبد الخ) عبارة الدرر وحكمها فى جانب العبد انتفاء الحجر وثبوت الحرية فى حق اليد لا الرقبة حتى يكون احق بمنافعه ومكاسبه لان الغرض من الكتابة وصول المولى الى بدلها والعبد الى الحرية بادائه وذا لا يتحقق الا بذلك وفى جانب المولى بقاء رقبة العبد على ملكه وثبوت حق المطالبة ببدلها متى شاء واسترداده الى ملكه اذا عجز اه

(لا البيع واجازته) ان باع فضولى عبد رجل فقال المالك اذا جاء غد فقد اجزت (وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والمراجعة والصلح عن مال) قيد به لانه لو كان عن دم العمد يصح (وابراء الدين)

(كتاب المكاتب) المكاتب بفتح التاء اسم مفعول من كاتب عبده مكاتبة وكتابا قال المطرزى لم اجد الكتابة بمعنى المكاتبة الا فى الاساس (الكتابة تحرير المملوك) سواء كان قنا او ام ولد ومدبرا (يدا فى الحال ورقبة فى المآل) اى عند اداء البدل قوله يدا منصوب على التمييز او على البدل من محل المفعول بدل البعض من الكل ثم ومنه كتيبة يدل على الجمع ومدار تركيب الكتاب لانه جمع الحروف بعضها الى بعض فسمى هذا العقد كتابة لانه لا يخلو عن كتابة الوثيقة عادة فالمكاتب كتب على نفسه امر المولى باعطاء البدل والمولى كتب على نفسه الاعتاق بعد قبض البدل وضم (وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد احق بنفسه ومنافع نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه سبيل وشرط جوازها وعلى) كتابه

وكان الاولى ابدال الانتفاء بالانفكاك كما ذكره عزمى قال العلامة نوح افندى انما عبر بالانتفاء لمناسبة الثبوت لانه مقابله (قوله قيام الرق فى المحل) وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية واحكامها حالا ومآلا زيلعى وسيأتى عن العناية ان الكتابة مع جهالة قدر البدل او جنسه لا تنعقد أصلا فتكون باطلة (قوله كاتب مملوكه) عبر بالمملوك لصدقه بالقن والمدبر وام الولد وما فى الدرر حيث عبر بالقن اجيب عنه بانه جرى على الغالب كما فى الشرنبلالية ولو كاتب نصف عبد جاز ونصفه الآخر مأذون له فى التجارة ولو أراد منعه ليس له ذلك كيلا يبطل على العبد حق العتق درر وفى مختصر الطحاوى كاتب نصف عبده جاز فنصفه مكاتب ونصفه مأذون وعتق بالاداء نصفه وما فضل من الكسب نصفه له ونصفه للمولى ويسعى فى نصف قيمته حموى وقالا العبد كله مكاتب على ذلك المال قال فى الحاوى القدسى وبه نأخذ درر قبيل باب كتابة العبد المشترك (قوله ولو صغيرا يعقل) احترازا عما لو كان لا يعقل فلا يصح اتفاقا الا ان يكون تبعا فلا تصح مكاتبة المجنون والصغير الذى لم يعقل ولو قبل عنه رجل ورضى المولى ولا يتوقف على اجازته بعد البلوغ فى الصحيح ولو ادى المال عنه غيره لم يعتق ويسترد مادفع لعدم القبول من المكاتب وهو شرط عنتف بانتفاء اهليته له شرنبلالية مع قهستانى وما فى العينى من ان قوله ولو صغيرا يحتمل وجهين أى ولو كان المولى صغيرا او العبد صغيرا الخ قال بعض الفضلاء فيه نظر لان الكتابة لا تصح الا باجازة وليه حموى (قوله يعقل البيع والشراء) أى ان البيع سالب للملك والشراء جالب للربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (قوله بمال) ليس قيدا احترازيا عن الخدمة قال محمد اذا كاتب عبده على ان يخدمه شهرا القياس لا يجوز والاستحسان يجوز شرنبلالية عن الذخيرة (قوله حال) لا يقال العبد لا يكون له مال فكيف تجوز الكتابة على مال حال لانا نقول يمكن تحصيل المال بالاستقراض والاستيهاب او التكدى قال البرجندى وفى الاخيرين تأمل قال السيد الحموى وجه التأمل ان العبد لا يملك وان ملك اه وقدمنا مايدفع هذا التأمل عند قول الشارح ولو وهب لقن اخيه وهو ان الهبة تقع للعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به مالم يفضل عن حاجته الخ ماقدمناه معزيا للزيلعى واعلم انه اذا كاتبه حالا فكما امتنع عن الاداء يرد فى الرق لانه عجز وعجز المكاتب يوجب رده الى الرق شيخنا عن الاختيار (قوله او مؤجل) هو افضل ثم الكتابة اما عن النفس خاصة او عنها وعن المال الذى فى يد العبد وكلاهما جائز ولو كان فى يده أكثر من بدلها وليس للمولى الا بدل الكتابة لا غير شرنبلالية عن السراج وقوله وليس للمولى الا بدل الكتابة لا غير لم يظهر لى وجهه اذ هو كسب عبده فلا يمتنع على المولى اخذه بدليل ماسبق عن مختصر الطحاوى فيما اذا كاتب نصف عبده ولا ينافيه ماسيذكره الشارح عند قول المصنف فيخرج من يده حيث قال حتى لا يبقى للمولى عليه وعلى كسبه سبيل لانه يحمل على مااكتسبه بعد الكتابة لا على ماهو الاعم مما فى يده وقتها هذا ماظهر لى فى هذا المقام ولم اجد من نبه عليه ثم رأيت التصريح بذلك فى الشرنبلالية حيث نقل عن البدائع ان مال العبد أى المال الذى يكون للمكاتب ولا يكون للمولى عليه سبيل هو مايحصل بعد العقد أى عقد الكتابة بتجارة او قبول هبة او صدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ماكان من مال المولى فى يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد الخ ثم ظهر لى مابه يحصل التوفيق فما فى السراج مفروض فيما اذا كاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده بخلاف مافى البدائع مما يفيد ان المولى لا يمتنع عليه أخذ الفاضل مما كان فى يده وقت العقد لانه يحمل على ما اذا كاتبه عن نفسه فقط فلا تخالف حينئذ (قوله او منجم) أى موقت بأزمنة معينة اخذ من التوقيت بطلوع النجم ثم شاع فى مطلق التوقيت درر فالمنجم نوع من المؤجل لا عينه ولا غيره مطلقا عزمى زاده (قوله ثم سمى به الوقت) مجازا علاقته الحالية شيخنا (قوله ثم سمى به مايؤدى فيه من الوظيفة) مجازا علاقته المحلية والظرفية شيخنا (قوله وقبل المملوك) لانه مال يلزمه فلابد من التزامه (قوله صح عقد الكتابة) والامر به فى الآية

قيام الرق فى المحل فلو كاتب مملوكه
ولو صغيرا يعقل) البيع والشراء (بمال
حال او مؤجل) بأن قال كاتبتك
على الف درهم الى ستة اشهر (او
منجم) بأن قال كاتبتك على الف
درهم الى سنة على ان تعطينى كل
شهر كذا من النجم وهو الطالع ثم سمى
به الوقت ثم سمى به ماتؤدى فيه من
الوظيفة ثم اشتقوا منه فقالوا انجم الدية
اذا اداها نجوما (وقبل) المملوك
(صح) عقد الكتابة وقال الشافعى

للندب

للندب لا للايجاب وقيل هو للاباحة والمراد بالخيران لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل الترك وقيل المراد به ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل زيلعى (قوله لا تجوز كتابة الصغير) اى مطلقا وان كان يعقل لانه ليس بأهل للتصرف ولا يصح ان يراد بالصغير هنا من لم يعقل فان عدم صحة الكتابة حينئذ يكون اتفاقيا فتدبر (قوله الا مؤجلا) اقله نجمان لانه اذا كان البدل حالا يكون عاجزا عن تسليم المعقود عليه ولنا اطلاق قوله تعالى فكاتبوهم الآية فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ ولان البدل فى الكتابة معقود به كالثمن فى البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد زيلعى (قوله فان اديته فأنت حر) قيد به لان ما قبله يحتمل الكتابة والضريبة وبما ذكر تترجح الكتابة زيلعى والضريبة واحدة الضرائب التى تؤخذ فى الجزية ونحوها ومنه ضريبة العبد وهى غلته شيخنا عن شرح المجمع (قوله والا فقن) غير محتاج اليه وانما ذكره حثا للعبد على الاداء نوح افندى ولو قال ان اديت الى الفا كل شهر مائة فهو كتابة فى رواية ابى سليمان لان النجم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده الا بالكتابة وفى رواية ابى حفص يكون اذنا لا كتابة اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة لانه يدخل فى سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص بالكتابة وهو الاصح زيلعى ولا يجب حط شئ من البدل خلافا للشافعى حيث اوجب حط ربع البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم ولنا ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا لاسقاطه اذ العقد لا يقتضى شيئا وضده والمراد بالامر فى الآية الندب دون الحتم كالامر بالكتابة وعن الكلبى المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة ولفظ الايتاء يدل عليه لانه للتمليك وهذا هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفى الرقاب فى آية الصدقة ويجوز ان يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جملة فقراء المسلمين زيلعى (قوله صح العقد استحسانا) والقياس ان لا يكون مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله ان يضرب على عبده ماشاء من المال فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك ان اديته فأنت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان ان العبرة للمعانى دون الالفاظ وقد اتى بمعنى الكتابة مفسرا (قوله فيخرج من يده) يرد عليه ما لو كاتبه على خدمته سنة حيث لا تنقطع يد المولى عنه ما لم يستوف الخدمة حموى عن المقدسى (قوله دون ملكه) حتى لو اعتقه نفذ لبقاء ملكه ويسقط البدل لانه لم يلزمه مجانا بل بازاء العتق وقد حصل بدونه ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وفى الولوالجية رجل قال لمكاتبه ان كنت عبدى فأنت حر لا يعتق لان فى كونه عبد الله قصورا وفيها قال كل مملوك لى حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين لانهم وان كانوا مماليكين لكنهم احرار يدا حموى قال والفرع الثانى مذكور فى المتن قبيل باب اليمين فى البيع (قوله وغرم المولى الخ) لانها بعقد الكتابة التحقت بالاجانب نعم لا حد ولا قود على المولى للشبهة در عن الشمنى بقى لو كان الذى وطئها وجنى عليها غير المولى هل يكون العقر والارش لها تستعين به على الكتابة كما لو كان المولى هو الذى وطئها وجنى عليها ذكر فى البدائع انه لا يكون لها وان حصلا بعد العقد بل يكون للمولى وكذا الحدادى قال واما ارش الجراحة والعقر فذلك للمولى واستشكله فى الشرنبلالية بقوله فلينظر مع الزام المولى العقر بوطئها والارش بالجناية عليها (قوله ان وطئ مكاتبته) قال الولوالجى فى كتاب النكاح لو وطئ مكاتبته مرارا فعليه مهر واحد لانه شبهة ملك شيخنا عن الشلبى واعلم ان العقر فى الحرائر يراد به مهر المثل وفى الاماء يراد به عشر قيمتها ان كانت بكرا وان كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها ولو شرط وطئها فسدت الكتابة وتعتق باداء البدل ولا يثبت لها شئ من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء وهكذا حكم الفاسدة بفوات شرط من شروط الصحة واما الباطلة وهى التى فاتها شرط من شروط الانعقاد فلا يثبت بها شئ من الاحكام يعنى مطلقا ولو بعد الاداء الا ان علق عتقه باداء البدل فيعتق به كسائر الشروط شرنبلالية عن الجوهرة والدراية والبدائع

لا تجوز كتابة الصغير وقال لا يجوز عقد
الكتابة الا مؤجلا منجما وانما قيد
بقوله يعقل لانه لو لم يعقل لا يجوز
بالاتفاق (وكذا ان قال) لعبده
(جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول
النجم كذا وآخره كذا فان اديته فانت
حر والا) اى وان لم تؤد (ف) انت (قن
صح) العقد استحسانا (فيخرج من
يده) اى يخرج بعد صحة الكتابة من يد المولى حتى لا يبقى للمولى
عليه وعلى كسبه سبيل فلا يمنعه من
السفر وان شرط عليه ان لا يخرج
من البلد (دون ملكه وغرم) المولى
(ان وطئ مكاتبته) فيكون لها عقر
(او جنى) المولى (عليها او على ولدها
او اتلف مالها

وايضاحه مافى الزيلعى فى الكلام على قول المصنف فان ادّى الخمر عتق حيث قال وفى ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لاغير وذلك بالتعليق صريحا اهـ (قوله وان كاتبه المسلم الخ) لما انهى المصنف الكلام على الصحيحة شرع فى الفاسدة واعلم ان للمولى الفسخ فى الفاسدة بغير رضاه وللمكاتب فسخهما مطلقا فى الجائزة والفاسدة وان لم يرض المولى تنوير وشرحه من باب موت المكاتب وعجزه (قوله على خمر اوخنزير) يعنى لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر اوخنزير فالكتابة فاسدة وكذا ان كان المولى ذميا والعبد مسلما اوعكسه قال العلامة الحموى ويمكن ادخال الصور المذكورة فى قوله وان كاتبه الخ ولما صرح بعد بالصحة فيما اذا كانا كافرين علم عدم الصحة فيما عدا ذلك (قوله وعين لغيره) والمراد به شئ يتعين بالتعيين كالثوب والعبد والمكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم اودنانير بعينها وهى لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين فى العقود التى هى معاوضة ولا فى فسوخها وانما يجب مثلها فى الذمة زيلعى (قوله وصيفا) وهو العبد للخدمة جمعه وصفاء عناية (قوله عبدا بغير عينه) قيد به اذ لو كان معينا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين فكذا استثناؤه ذكره فى المختلف وعند الائمة الثلاثة لا يجوز فى المعين وغيره لانه شرط اوصفقة فى صفقة شيخنا عن الدراية بقى ان يقال سياق كلام الشارح يقتضى ان الوصيف لا يصدق بالانثى فيوافق مافى المغرب على ماذكره عزمى من ان الوصيف هو الغلام والجارية وصيفة ويخالفه مافى تاج الاسماء من ان الوصيف هو الخادم عبدا كان اوامة اهـ (قوله فسد عقد الكتابة) اما الكتابة على خمر اوخنزير فلعدم المالية فى حق المسلم بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر اوالخنزير لان النكاح يجوز بلا تسمية المهر ومع نفيه واما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلتفاحش الجهالة لكونها مجهولة القدر والجنس ثم اذا ادى قيمته عتق لانها هى البدل ذكره العينى وهو محمول على ما اذا تصادقا على قدر اما عند عدم التصادق لابد من اداء اقصى مايقع تقويم المقومين كما فى الشرنبلالية عن الاختيار واما اذا كاتبه على عين معينة لغيره فلعجزه عن تسليم تلك العين كما فى الدر ومافى الزيلعى والعناية من انه اذا كاتبه على عين لغيره تتعين بالتعيين لا ينعقد العقد أصلا فى ظاهر الرواية الا اذا قال اذا اديت الى فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط يفيد بطلان الكتابة كذا فى الشرنبلالية لكن فى القهستانى معزيا للقاضيخان الاظهر الفساد فيما اذا كاتبه على عين لغيره كالمكيل والموزون والمذروع اهـ واما الاخيرة فلجهالة قدر البدل كما اذا كاتبه على قيمة وصيف لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد لما بينا كذا فى الزيلعى وذكر فى الشرنبلالية ان الكتابة فى هذه الصورة باطلة أيضا بدليل مافى الزيلعى حيث قال الاصل عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيئا لا يصلح عوضا لجهالة القدر اولجهالة الجنس فان العبد لا يعتق باداء المسمى ولا باداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد أصلا ولهذا استشكل عزمى زاده التعبير بالفساد مع تحقق البطلان فى بعض الصور ثم اجاب بأن المراد بالفاسد ما يعم الباطل كما فى قولهم باب البيع الفاسد (قوله وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يجوز فى الرابعة الخ) لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين فى المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة فى العقود التى تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس فى قدرة العبد فلا يصح تسميته كما فى الزيلعى وقوله فلا يصح تسميته يعنى لبطلان الكتابة كما فى العزمية عن البيانية ولفظه لو ملك وادى اواجاز صاحب العين لا يعتق لبطلان الكتابة والباطل لا حكم له اهـ بخلاف ما اذا كان البدل غير معين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه زيلعى وقول الشارح فى الرابعة يبتنى على جعل مسئلة الكتابة على خمر اوخنزير مسئلتين والا لقال فى الثالثة (قوله فعن محمد انه يجوز) لانه لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازة مع

انه

وان كاتبه) المسلم (على خمر اوخنزير اوقيمته او) على شئ (عين لغيره او) على مائة ليرد سيده) عليه (وصيفا) أى على ان يرد المولى عبدا بغير عينه (فسد) عقد الكتابة وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يجوز فى الرابعة حتى لو ملك ذلك العين واداه الى المولى عتق وان عجز عن ادائه رده المولى الى الرق فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد انه يجوز

انه مبنى على المماكسة فالكتابة اولى لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة زيلعى قال فى الولوالجية وهو المختار حموى (قوله وعن ابى حنيفة انه لا يجوز) لانها لو صحت لادى من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فتصير كسبه حينئذ وهو ملك المولى حموى (قوله فحينئذ يعتق) اى بحكم التعليق كما فى الزيلعى لا بحكم الكتابة (قوله الحسن بن ابى مالك) تفقه على ابى يوسف وتفقه عليه محمد بن شجاع وكان ابو يوسف يشبهه بجمل حمل أكثر ما يطيق توفى فى السنة التى توفى فيها الحسن بن زياد سنة اربع ومائتين حموى عن طبقات عبد القادر (قوله انه يعتق بالاداء سواء قال له المولى الخ) لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لو كاتبه على خمر فاداها وجه قول ابى حنيفة ان ملك العين لم يصر بدلا فى هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد أصلا فيعتق ان ادى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب او ميتة كذا فى الزيلعى وقوله فلا ينعقد العقد أصلا يقتضى بطلان الكتابة وهذا بالنسبة لقول الامام فلا ينافى تصريحه بالفساد لانه بالنسبة لقول ابى يوسف (قوله ففيه روايتان) فى رواية لا تجوز لانه كاتبه على مال نفسه والصحيح الجواز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه شيخنا عن غاية البيان (قوله فان ادى الخمر) يعنى قبل ان يترافعا للقاضى در عن ابن الكمال وكذا الخنزير كما فى التنوير وكذا لو ادى الى ورثته بعد موت المولى كما فى شرح الحموى عن الرمز (قوله عتق مطلقا) أى سواء قال ان اديتها فأنت حر أو لا حموى لان الخمر وكذا الخنزير مال فى الجملة وان لم يكن لهما قيمة فى حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء البدل المشروط زيلعى (قوله وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمته) أى قيمة نفسه ووقع فى بعض نسخ الهداية الا باداء قيمة الخمر وتبعه فى الاختيار وهو غلط شرنبلالية (قوله وعند أبى يوسف أيهما ادى عتق) اما عتقه باداء الخمر فلانه بدل صورة واما عتقه باداء قيمة نفس المكاتب فلانه البدل معنى وعزوه الحكم المذكور الى ابى يوسف بلفظ عند دون لفظ عن كما فى الزيلعى تبعا للهداية واقع فى محله قال شيخنا وكان الموافق لما فى المبسوط والذخيرة ان لا يخص ابا يوسف لقوله فى العناية ناقلا عن النهاية وهذا الحكم الذى ذكره ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة على ما ذكره فى المبسوط والذخيرة اه (قوله اذا قال ان اديتها الخ) باعتبار انه معلق بالشرط وقد وجد فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه لا يعتق الا فى صورة التعليق زيلعى (قوله لو ادى الخمر ههنا لا يعتق) يمكن حمله على ما اذا لم يقل ان اديتها فأنت حر فلا يخالف ما قبله من قوله وعن ابى حنيفة ومحمد الخ ثم ظهر انه على اطلاقه وانه خلاف ظاهر الرواية كما فى الزيلعى لكن لم يذكر وجه عدم عتقه باداء الخمر وكأنه لظهوره وهو انه ليست بمال فى حق المسلم واما ما ذكره بعضهم معزيا للزيلعى حيث قال لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم تبق الخمر بدلا ثم ذكر ما فى الشرنبلالية عن العناية من ان فى العتق باداء الخمر روايتين ففيه نظر ظاهر لان الزيلعى وكذا الشرنبلالى لم يذكرا هذا هنا اعنى فيما اذا كاتب المسلم عبده وانما ذكراه فيما سيأتى اذا كاتب الكافر عبده الكافر ثم اسلم احدهما فتدبر (قوله ولو ادى القيمة يعتق) اى قيمة نفسه كما فى بعض النسخ حموى (قوله وسعى فى قيمته) لانه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كذا فى العينى وغيره كالزيلعى والدرر تبعا للهداية وتعقبه عزمى زاده بأن الصواب ابدال قوله فيجب رد قيمته بقوله فيجب فيه القيمة اذ القيمة ليست بمقبوضة حتى ترد (قوله ولم ينقص الخ) لان المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة كيلا يبطل حقه فى العتق در بقى ان المسمى هنا هو الخمر فلا يصح قوله ولم ينقص عن المسمى الخ فاما ان يقدر مضاف أى قيمة المسمى او تجعل هذه مسئلة مبتدأة لا تعلق لها بما قبلها صورتها كاتبه على مال متقوم وفسدت الكتابة لفقد شرط من شروط الصحة كذا قيل واقول قال فى الدرر هذه مسئلة لها نوع تعلق بما قبلها غير مختصة بها يعنى ان القيمة فى الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص منه وان كانت زائدة عليه زيدت وما فى الدرر من قوله واعلم انه متى سمى مالا وفسدت الكتابة

وعن أبى حنيفة انه لا يجوز وعن أبى يوسف انه يجوز اجاز ذلك اولم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته وروى ابو يوسف عن ابى حنيفة انه ان ملك تلك العين فأدى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له ان أديت ذلك فأنت حر فحينئذ يعتق وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر كذلك وهو رواية الحسن ابن ابن مالك عن ابى يوسف وروى اصحاب الاملاء عن أبى يوسف انه يعتق بالاداء سواء قال له المولى ذلك اولم يقل وان كاتبه على عين فى يد المكاتب وهو من كسبه بان كان مأذونا له فى التجارة ففيه روايتان ولو كاتبه على دراهم فى يد العبد من كسبه يجوز باتفاق الروايات وقال ابو يوسف فى المسئلة الخامسة الكتابة جائزة وتقسم المائة على قيمته وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقى (فان ادى الخمر) فى المسئلة الاولى (عتق) مطلقا وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمته وعند أبى يوسف أيهما ادى عتق وعن ابى حنيفة ومحمد انه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فأنت حر وفى شرح الطحاوى والتمرتاش حتى لو أدى الخمر ههنا لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق (و) اذا عتق بأداء الخمر (سعى فى قيمته ولم ينقص عن المسمى) يعنى اذا كانت قيمة نفسه انقص من المسمى سعى فى المسمى (لا) فى قيمة (نفسه وزيد عليه) يعنى اذا كانت قيمة نفسه اكثر من المسمى سعى فى قيمة نفسه بالغة ما بلغت هذا وان كان مستفادا من قوله وسعى فى قيمته الا انه ذكره بيانا وتأكيد الدفع وهم نشأ من قوله ولا ينقص عن المسمى (وصح) عقد الكتابة (على حيوان غير موصوف) معناه ان يبين الجنس كالفرس او العبد

بوجه من الوجوه لم ينقص عن المسمى ويزاد عليه يقتضى ان هذه المسئلة لا تعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير وبه صرح صدر الشريعة بقى ان يقال ما سبق عن الدرر من قوله وان كانت زائدة عليه زيدت تبع فيه صدر الشريعة قال المولى عزمى وفيه تسامح والمراد زيد على المسمى بقدر القيمة فان نفس القيمة لا تزاد ولهذا قال فى المبسوط زيد عليه اهـ (قوله ولا يبين النوع) كذا فى العناية ونصه اذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين النوع انه تركى او هندى ولا الوصف انه جيد او ردىء جازت وينصرف الى الوسط وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل فى الكتابة لان مبناها على المساهلة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل حتى لو كاتبه الى الحصاد صحت ولكن قال فى الاختيار والكتابة على الحيوان والثوب كالنكاح ان عين النوع صح وان اطلق لا يصح اهـ ولعله أراد بالنوع الجنس والا نافيه ما فى العناية شرنبلالية (قوله وينصرف الى الوسط) قدره أبو حنيفة فى العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه عناية (قوله ويجبر على قبول قيمته) كما يجبر على قبول عينه لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية والقيمة أصل ايفاء لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا زيلعى (قوله وهو القياس) لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو كاتبه على دابة او دار او ثوب وكالبيع ولنا ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصيف بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او نحوها لتفاحش الجهالة زيلعى (قوله له قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها عينى (قوله وعتق بقبضها) قال العلامة المقدسى ولما كان الخلاف ثابتا اجمل المصنف فى الضمير ليرجع الى الخمر او القيمة بل الظاهر رجوعه الى نفس الخمر وفى البيانية ولو ادى عين الخمر عتق أيضا فيما اذا اسلم أحدهما لان فى الكتابة معنى التعليق وبه قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وظن بعضهم فى شرحه انه لا يعتق باداء عين الخمر وليس بصحيح حموى (قوله واذا ادى الخمر عتق أيضا) لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هى المذكورة فى العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق باداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مر زيلعى (قوله ولو أدى القيمة يعتق) أى قيمة الخمر حموى أخذا من تعليل الزيلعى أن الكتابة انتقلت الى القيمة ولم تبق الخمر بدلا فى هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقى بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله الخ والله اعلم

(باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز)

(قوله للمكاتب البيع والشراء) كذا جارته واعارته وايداعه واقراره بالدين واستيفائه وقبول حوالة بدين عليه لا ان لم يكن عليه وله ان يشارك عنانا لا مفاوضة لاستلزامها الكفالة وهو ليس من أهلها شرنبلالية عن البدائع وله المضاربة ويبيع ويشترى من مولاه الا انه لا يبيع منه درهما بدرهمين وكذا عكسه لانه بالكتابة صار احق بمكاسبه فكان كالاجنبى واستشكل بما سبق من ان للمولى ان يكاتبه عن نفسه وعن المال الذى فى يده ولو كان ما فى يده اكثر لانه لا ربا بين المولى وعبده وأجيب بالفرق وهو انه فيما مر ورد عقد الكتابة عليه وهو قن وما هنا البيع من المولى صدر بعد تمام الكتابة وصيرورته احق بمكاسبه فيحرم الربا وكذا لا يجوز له ان يبيع ما اشتراه من مولاه مرابحة الا ان يبين كعكسه لما مر فى بابه (تتمة) لم يذكر المصنف وصية المكاتب وكذا العلامة الشرنبلالى لم يذكرها أيضا بل أحال على البدائع واقول هى كما فى الخانية على ثلاثة اوجه ان اوصى بوصية ثم مات عن وفاء لا تصح وصيته لانه يعتق قبل الموت فى ساعة لا تصح الا يصاء الثانى ان يقول اذا اعتقت فقد اوصيت بثلث مالى لفلان ثم ادى وعتق ثم مات بعد ذلك كانت وصيته صحيحة فى قولهم الثالث اوصى بوصية ثم ادى فعتق ثم مات صحت وصيته فى قول أبى يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا تصح الوصية الا ان يجددها بعد العتق اهـ (قوله واطلاقه

يتناوله

يتناوله بثمن المثل) عبارة الحموى فى شرحه بقليل الثمن وكثيره وباى جنس كان من الثمن وهذا
عند الامام وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فيه وبالدراهم والدنانير وبالنقد لا النسيئة كوكيل
البيع الخ وقال القهستانى للمكاتب كالولده وعبده وامته البيع والشراء ولو بغبن فاحش عنده الخ (قوله
وبالمحاباة) يعنى اليسيرة لقول قاضيخان ولا يحابى محاباة فاحشة كالعبد المأذون شرنبلالية واقول
هذا بالنسبة لمذهب الصاحبين واما عند الامام فلا تتقيد المحاباة باليسيرة يدل عليه كلام القهستانى
وكلام الحموى أيضا كما سبق (قوله والشراء) والتوكل فى الشراء وان اوجب عليه ضمان الثمن للبائع
لانه يملك المبيع اولا ثم ينتقل منه الى الموكل فكانه باعه منه وعلى من يقول لا يثبت له فهو من ضرورات
التجارة حموى (قوله وان شرط المولى عليه ان لا يخرج الخ) لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو
مالكية اليد ولا تفسد الكتابة بمثل هذا الشرط لانه ليس فى صلب العقد درر لان الشرط الباطل انما
يبطل الكتابة اذا تمكن فى صلب العقد وهو ان يدخل فى أحد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمنى
مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه شرط لا فى بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة عناية
والحاصل ان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح من حيث
انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن فى صلب العقد وهو ان
يكون فى البدل مثل ان يشترط خدمته او يكاتبه على خمر او خنزير زيلعى قال شيخنا ومنه ما فى الخانية
كاتب امته على ألف درهم على انه يطأها مادامت مكاتبة فسدت الكتابة واذا أدت البدل قبل الفسخ
عتقت اه ولشبهها بالنكاح لا تبطل به اذا لم يكن فى صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد او لا
يبيع بالنسيئة فان قلت فى قول الزيلعى فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اشكال حيث صرح
بالبطلان ومثل له بما لو كاتبه على خمر او خنزير قلت يمكن ان يجاب بأن المراد بالباطل الفاسد (قوله
وللمكاتب تزويج امته) لانه يستفيد به المهر درر وهو باطلاقه شامل لما لو زوجها من عبد نفسه وليس
كذلك ولهذا قيد المسئلة القهستانى بما اذا زوجها بعبد غيره وسيأتى فى الشارح بعد قول المتن لا تزويج
عبده ما يدل على التقييد (قوله وكتابة عبده) يعنى الذى لم يتكاتب عليه بقرابة اولاد شرنبلالية (قوله
وهو القياس) لانه يؤل الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله وجه
الاستحسان ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة انفع من
البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو
لا يملكه على ان العقد يقتضى مثله وانما يملكه على ان الكتابة بيع من نفس العبد زيلعى وفى قوله وانما
يملكه الخ نظر اذ ليس له بيع نفس العبد منه كما سيصرح هو به (قوله ان ادى المكاتب الثانى بعد
عتقه) وان اديا معا فولاؤه للمولى ترجيحا للاصل وان عجز الاول ورد الى الرق بقى الثانى مكاتبا فان ادى
البدل الى المولى عتق وان عجز رد الى الرق كالاول درر (قوله فالولاء لسيده) لتعذر جعل المكاتب معتقا
لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه ولو ادى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه
لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء فى ولد الجارية فان مولى الجارية
هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسبيبا باعتبار اعتاق الاصل وهى الام والاصل ان الحكم لا يضاف الى
السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زالت الضرورة فيتحول
الولاء الى قوم الاب زيلعى (قوله أى لا يجوز التزوج) بمعنى لا ينفذ شرنبلالية كذا لا يجوز التسرى
ولو بالاذن والمأذون والمدبر كذلك لان مبنى التسرى على ملك الرقبة درر ولا ملك له حقيقة لوجود ما ينافيه
وهو الرق (تتمة) اطلق فى عدم جواز التزوج فعم ما لو كان بنفسه وبالتوكيل كما فى القهستانى
والمراد من قوله لا يجوز أى لا يصح كما فى النقاية (قوله بلا اذن من المولى) فان اعتق قبل اجازته نفذ
ذلك النكاح على المكاتب قهستانى (قوله والهبة والتصدق) لانهما تبرع وهو ليس من اهله الا ان

وبالمحاباة وبالنقد والنسيئة
(والشراء والسفر وان شرط) المولى
عليه (ان لا يخرج من المصر)
(و) للمكاتب (تزويج امته وكتابة عبده)
وقال زفر والشافعى لا يجوز وهو
القياس (والولاء) اى ولاء المكاتب
الثانى (له) اى للمكاتب الاول (ان
أدّى) المكاتب الثانى (بعد عتقه)
اى المكاتب الاول (وان أدّى
الثانى (قبل عتق الاول فالولاء
لسيده لا التزوج) اى لا يجوز
التزوج (بلا اذن) اى بلا اذن من
المولى (و) لا (الهبة) ولو بعوض لانه
تبرع ابتداء (و) لا (التصدق)

اليسير منه من ضرورات التجارة ليجتمع عليه المجاهزون فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته زيلعى واعلم ان اطلاق المنع من الهبة والتصدق شامل لما لو كان باذن المولى وهو مصرح به ووجهه ان المولى لا ملك له فى كسبه والمجاهز عند العامة الغنى من التجار فكانه اريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع فحرف الى المجاهز شيخنا عن المغرب (قوله الا يسير) يعنى من المأكول قال فى الجوهرة ولا يهب ولا يتصدق الا باليسير يعنى كالرغيف والبصل والملح ونحو ذلك شرنبلالية وهو مخالف لما سيذكره الشارح عن الذخيرة من انه يتصدق ويهب بقدر فلس وفضة اقل من درهم (قوله ويأخذ الضيافة اليسيرة) الظاهر ان يقال ويعمل الضيافة حموى (قوله ولو وهب او اهدى درهما فصاعدا لا يجوز) فاذا اعتق رد اليه ذلك لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف شرنبلالية عن البدائع وتقييد رده اليه بالعتق لا للاحتراز عما قبل العتق بل لدفع ما عساه ان يتوهم من انه موقوف وبالعتق ينفذ (قوله ولا التكفل) فى المضمرات لو كاتب عبديه كتابة واحدة بألف فله ان يطالب كل واحد منهما بجميع الالف وان لم يذكر الكفالة قهستانى (قوله بنفس او مال) وكذا لا فرق بين ان يكون باذن المولى او بغير اذنه لانه تبرع والمولى لا يملك كسب المكاتب فلا يصح اذنه بالتبرع شرنبلالية عن البدائع وفيها عن الجوهرة اذن له مولاه فى الكفالة فكفل أخذ به بعد العتق وفيها عن المقدسى كفل عن سيده صح لان بدل الكتابة عليه فلم يكن متبرعا اه ويعنى به لو كان باذن المولى ليلتقى قصاصا بما ادى عن بدل كتابته اه فان قيل بدل الكتابة مال فى ذمته وتسليم النفس لا ينافى ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك وهو يخل بالاكتساب الذى يحصل به المال عناية (قوله ولا الاقراض) لانه تبرع لم يدخل تحت الكتابة وينبغى ان يجوز باليسير كقبضة قهستانى (قوله ولا اعتاق عبده الخ) لانه ليس بأهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة ولا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين فى ذمة مفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه فى الوكالة فلا يملكه زيلعى (قوله وتزويج عبده) لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب فى شئ بخلاف تزويج الامة على ما بيناه زيلعى (قوله كالمكاتب) لان الاب والوصى يملكان الاكتساب فيملكان ما يملكه المكاتب عينى (قوله من غيره) أى من غير الرقيق فهو احتراز عن بيع الرقيق من نفسه فانهما لا يملكان ذلك كالمكاتب وسيصرح به (قوله وكتابته) يعنى استحسانا واذا اقر الاب او الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت ظاهرة بمحضر من الشهود يصدق ويعتق المكاتب وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره بالعتق لانه فى الاول اقرار باستيفاء الدين فيصح وفى الثانى بالعتق وهو لا يصح شرنبلالية عن البدائع (قوله ولا يملك مأذون الخ) لانهم لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها والاصل فيه ان من كان تصرفه عاما فى التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصى والجد والمكاتب والقاضى وامينه وكل من كان تصرفه خاصا فى التجارة كالمضارب والشريك والمأذون لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند أبى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بينا وجوابه انه ليس من باب التجارة فلا يملكونه وجعل فى النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله فى الكافى كالمأذون قال الزيلعى وجعله كالمأذون اشبه بالفقه (قوله أى دخل فى كتابته تبعا) لان المكاتب من اهل ان يكاتب فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بمن يملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر فى حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغا عاقلا او كان صغيرا أو مجنونا لان هذه الصلة وهى العتق تجب حقا للعبد فلا فرق بين المكلف وغيره كنفقة الزوجات زيلعى وكذا ضمان المتلفات يجب فى مال الصغير وان لم يكن مكلفا واراد بالاب

الا يسير) اى بصدقة يسيرة وهبة يسيرة ولا يوكل بهما وذكر فى الذخيرة انه يتصدق ويهب بقدر فلس ورغيف وفضة اقل من درهم ويأخذ الضيافة اليسيرة ويهدى الطعام المهيأ للاكل بقدر دانق ولو وهب او اهدى درهما فصاعدا لا يجوز (و) لا (التكفل بنفس او مال (و) لا (الاقراض و) لا (اعتاق عبده ولو) كان (بمال وبيع نفسه) اى لا يجوز بيع نفس عبده من عبده (وتزويج عبده) اى لا يجوز مطلقا اى لا فرق بين ان يزوج عبده من امته اومن امة غيره وهو ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه لو زوج امته من عبده يجوز (والاب والوصى فى) باب (رقيق الصغير) فى حق التصرف (كالمكاتب) فيملكان بيع رقيق الصغير من غيره وكتابته ولا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه ولو بمال ويملكان تزويج امته (ولا يملك مأذون ومضارب وشريك) مطلقا واى كانت الشركة شركة المفاوضة والعنان (شيئا منه) اى من المذكور عندهما وعند ابى يوسف لهم تزويج الامة (ولو كاتب) المكاتب (اباه او ابنه تبعا وانما اشترى) اى دخل فى كتابته تبعا لانه لو كان مكاتبا عليه قبل صار مكاتبا الا بعد عجز المكاتب اصالة لم يعتق حتى اذا عجز الاصلى وليس المكاتب تبعه الا ب (ولو اشترى اخاه ونحوه) فى القرابة ونحوه كل ذى رحم محرم لا ولاد بينهما

والابن قرابة الولاد واقواهم دخولا الولد المولود فى كتابته ثم الولد المشترك قال شيخنا أى المولود قبل الكتابة
قلت وسيأتى فى باب موت المكاتب معزيا للدرما يدل عليه ثم الابوان وعن هذا يتفاوتون فى الاحكام
فالمولود فى كتابته حكم ابيه حتى اذا مات ابوه و لم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والمشترى يؤدّى الكتابة حالا
والا ردّ الى ارق والوالدان يردان كما مات ولا يؤدّيان لاحالا ولا مؤجلا ومنها ان المولى لا يطالب من دخل
فى الكتابة تبعا حال قيام المتبوع درر وشرنبلالية ولو قال لا يعتقان بالاداء لاحالا ولا مؤجلا لكان أولى
لان المقصود بالنفى انما هو العتق بالاداء لا الاداء نفسه بقى ان يقال ماذكر من ان الابوين يردان الى الرق
كما مات ولا يعتقان بالاداء الخ مخالف لما فى البدائع حيث قال اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد
المشترى وللوالدين اما ان تؤدّوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق لكن تنتفى المخالفة بحمل ما فى البدائع
على قول الصاحبين وغيره على قول الامام كما فى مختصر الظهيرية شرنبلالية واعلم ان الكاف من كما مات
للمبادرة كما يقال سلم كما تدخل وصل كما يدخل الوقت وانى افندى عن مغنى اللبيب (قوله لا يدخل فى كتابة
المكاتب) عند ابى حنيفة حتى يجوز له ان يبيعه لانه لم يملكه ليمتنع بيعه لكنه اذا ادّى المكاتب عتق
نحو الاخ لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدّى فيتقرر له و بين ان يعجز فيتقرر للمولى وههنا تقرر له
فعتق عليه ولا سعاية عليه لانه صار كشراء القريب ابتداء درر (قوله وعندهما يدخل) لان وجوب
الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا عتق على الحر كل ذى رحم محرم وتجب نفقتهم وله ان للمكاتب
كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه غير ان
الكسب يكفى للصلة فى الولاد الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الابوين ولا يكفى فى غيرها
حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا زيلعى واعلم ان ثمرة الاختلاف بين الامام وصاحبيه
فيما اذا اشترى المكاتب ذا رحم محرم لاولاد بينهما تظهر فى جواز بيعه وعدمه فعند الامام للمكاتب بيعه
لانه لم يتكاتب عليه خلافا لهما وتظهر أيضا فيما اذا مات لا عن وفاء فعندهما يقوم مقامه و يسعى على
نجومه خلافا للامام صرح بالمسئلة الاولى فى الدرر كما قدّمناه واما الثانية فتستفاد من كلام الشرنبلالى
حيث قال وقالا يتكاتب عليه ويسعى على نجومه عندهما كما فى الخانية اه واما انه يعتق ولا سعاية
عليه اذا عتق المكاتب بالاداء و بموته عن وفاء فأدى البدل مما ترك فلا خلاف فيه (قوله ولو اشترى
ام ولده) المستولدة بالنكاح عزمى وكلام الشارح يفيده (قوله ثم اشتراها مع الولد) كذا لو اشتراها ثم
اشتراه در عن الجوهرة وقبل شرائه لا يحرم بيعها ذكره ابن الملك فى شرح المجمع ومحصله انه ان اشتراه
اوّلا ثم اشتراها حرم بيعها لان الولد تكاتب عليه اولا وبواسطته تتكاتب امه اذا اشتراها وان اشتراها اوّلا
لا يحرم بيعها لانتفاء المقتضى وهو تكاتب الولد ثم اذا اشترى الولد حرم بيعها عند شراء الولد لوجود المقتضى
اه ومن هنا ظهر ان المدار على اجتماعهما فى ملكه اعم من ان يكون قد اشتراهما معا أو متعاقبا (قوله
لم يجز بيعها) لان الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه فتتبعه امه لانها تابعة له بحديث اعتقها ولدها
عينى (قوله حتى لا تعتق عليه بعتقه) ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطأها بملك النكاح
وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير ان لها بيعه كيفما كان لان الجزئية لم تثبت من جهتها زيلعى
(قوله لو لم يكن معها الولد الخ) هذا اذا كانت الولادة قبل الكتابة بدليل قول السيد الحموى واما اذا
ولدت فى ملكه لم يجز بيعها سواء كان ولدها باقيا أو ميتا اه اذ المراد من قوله واما اذا ولدت فى ملكه
أى بعد ان كوتب (قوله خلافا لهما) وجه قولهما انها أم ولده وله ان القياس جواز بيعها وان كان
معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد الا انه ثبت هذا
الحق فيما اذا كان معها ولد لثبوته فى الولد وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه زيلعى وقوله
والقياس ينفيه أى ينفى امتناع البيع نوح افندى (قوله وان ولد له من أمته الخ) فان قيل المكاتب
لا يملك وطء أمته قلنا النسب لا يتوقف على الحل كما فى وطء أمة ابنه أو امة مشتركة حموى عن الرمز (قوله

(لا) يدخل فى كتابة المكاتب عند
ابى حنيفة حتى يجوز له ان يبيعه
وعندهما يدخل (ولو اشترى ام ولده
معه) بأن تزوج امة رجل فولدت
منه ثم اشتراها مع الولد (لم يجز بيعها)
ولم تدخل فى كتابته حتى لا تعتق عليه
بعتقه نص عليه فى المبسوط ويدخل
ولدها فى الكتابة وانما قيد بشراء الولد
معها لانه لو لم يكن معها الولد يجوز
البيع خلافا لهما (وان ولد له) اى
المكاتب (من امته) اى من امة
المكاتب

تكاتب عليه) لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه فى التكاتب زيلعى (قوله وكسبه له) لانه فى حكم مملوكه كما كان قبل دعوته وكذا المكاتبة اذا ولدت فالحكم كما سبق زيلعى (قوله وان زوج المكاتب امته من عبده الخ) استشكله فى الشرنبلالية بما تقدم من ان المكاتب لا يزوج عبده قال وقد يقال لا منافاة لان تزويج المكاتب أمته من عبده ليس مفيدا صحة عقده وملكه اياه فالعقد غير صحيح ومع ذلك يثبت النسب كما فى النكاح الفاسد وكما ان المكاتب لا يملك التسرى ومع ذلك لو وطئ امته فادعى ولدها ثبت النسب وليس تزويج المكاتب عبده كتزوجه يكون موقوفا اذلا مجيز له حال صدوره وتزوجه هوله مجيز وهو المولى الحر الخ فتحصل ان المكاتب ليس له تزويج عبده وان أذنه المولى لانه لا يملك كسب مكاتبه بقى ان يقال ماذكره الشرنبلالى من التنافى انما يتجه على قراءة المكاتب من قوله وان زوج المكاتب وقوله فكاتبهما المكاتب بفتح التاء على صيغة اسم المفعول اما ان قرئ بصيغة اسم الفاعل بكسر التاء كما وجدته بخط شيخنا فلا ثم رأيت بخط الشيخ عبد الحى مانصه قال الشهاب الشلبى ينبغى ان يقرأ بكسر التاء لا بفتحها الان من كوتب لا يملك تزويج امته من عبده فلو ذكر المولى بدل المكاتب لكان أولى كما لا يخفى لان المتبادر للفهم ان المكاتب بفتح التاء هو العبد و بكسرها هو المولى وان كان يطلق على كل من العبد والمولى بفتح التاء و كسرها لغة لانه من باب المفاعلة كما صرح به فى المصباح اه (قوله وكسبه لها) لان تبعية الام ارجح ولذا يتبعها فى الحرية والرق كما مر درر ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا بخلاف ما لو قبلا الكتابة عنهما وعن ولدهما فقتل فالقيمة حينئذ بينهما لان قبول العقد منهما فلا أولوية بخلاف مجرد التبعية زيلعى (قوله نكح باذن مولاه حرة) لا فى الواقع (قوله وعند محمد ولدها حر بالقيمة) لانه شارك الحر فى سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فانه لم يرغب فى نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه ولد بين رقيقين فيكون رقيقا وقد مر مرارا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية لكن ترك هذا الاصل فى المغرور باجماع الصحابة وهذا ليس فى معناه ليلتحق به لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة يدفعها الزوج الحر وهنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فبقى على الاصل واستشكله الزيلعى بان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن المولى يظهر فى حق المولى و يطلب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد فى الحال واجاب المقدسى بان الاذن بمطلق النكاح لا يستلزم الوطء لجواز تركه وعلى تقدير فعله فقد لا تلد منه اه حموى ولا يخفى ما فيه اذ الاذن بالنكاح اذن بما يفضى اليه فالجواب ما وجدته للرازى بخط شيخنا حيث قال وهذا ليس بوارد لان المولى اذنه بالنكاح وما تعلق به من المهر والنفقة فيظهر فى حقه اما الغرور فليس باذنه فلا يكون راضيا به فيتأخر الى ما بعد عتقه اه ثم رايت فى حاشية الوانى على وجه البحث ذكر ما يقتضى صحة جواب المقدسى حيث قال ان الاذن بالشئ انما يكون اذنا بما يتعلق به اذا كان من لوازمه والوطء ليس كذلك الخ (قوله وان وطئ امة بشراء بغير اذن مولاه) تقييده الوطء بكونه بغير الاذن ليس احترازيا بل ليفيد وجوب العقد فى المكاتبة اذا كان الوطء بالاذن بالطريق الاولى (قوله بشراء صحيح) تعقبه فى الشرنبلالية بان الاستحقاق يمنع صحة الاشتراء فكيف يوصف الشراء بالصحة فكان ينبغى أن يقال كما فى المواهب لو وطئ مشتراة فاستحقت اوردت لفساد البيع واجاب شيخنا بأن وصفه بالصحة باعتبار الظاهر وقت الشراء وان كان فى نفس الامر غير صحيح الخ (قوله أخذ به مذ عتق) والفرق انه لولا الشراء لما سقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر فيكون العقر من توابع التجارة فيكون ثابتا فى حق المولى وهنا النكاح ليس من الكسب فلا تنتظمه الكتابة فلا يظهر فى حق المولى ولقائل ان يقول العقر يثبت بالوطء لا بالشراء والاذن بالشراء ليس اذنا بالوطء والوطء ليس من التجارة فى شئ فلا يكون ثابتا فى حق المولى صدر الشريعة واحسن ما اجيب به عن هذا الاشكال ماذكره فى الشرنبلالية عن العناية من ان

(ولد تكاتب عليه وكسبه)
اى كسب هذا الولد (له) اى
للمكاتب (وان زوّج) المكاتب
(امته من عبده فكاتبهما) كتابتها
(فولدت دخل) الولد (فى
وكسبه لها) (مكاتب او مأذون نكح باذن)
مولاه (حرة) كائنة حريتها (بزعمها)
فولدت) منه (فاستحقت فولدها
عبد) فلا يأخذه بالقيمة وهذا عندهما (وان
وعند محمد ولدها حر بالقيمة) (امة)
وطئ) المكاتب او المأذون (بغير اذن مولاه)
ملكها (بشراء) صحيح (او بشراء فاسد فردّت)
فاستحقت او (فالعقد فى الكتابة)
الامة الى بائعها (ولو)
اى فى المكسوب فى الكتابة (بنكاح)
وطئ المكاتب او المأذون امة (اخذ به)
بغير اذن المولى فاستحقت) هذا اذا كانت
اى بالعقر (مذ عتق) فافتضها
الامة ثيبا اما لو كانت بكرا
يؤخذ بالعقر فى الحال وكذا لو تزوّجها
باذن مولاه يؤخذ بالمهر فى الحال

الكتابة

الكتابة اوجبت الشراء والشراء اوجب سقوط الحد وسقوط الحد اوجب العقر فالكتابة اوجبت العقر بخلاف النكاح اه وقوله بخلاف النكاح يعنى فان الكتابة لا توجبه

*(فصل قوله ولدت مكاتبة من سيدها الخ) اطلقه فعم مالو كانت الولادة من وطئه الكائن قبل الكتابة أو بعدها خلافا فالظاهر قول الشارح صورته كاتب امة ثم وطئها فولدت ولهذا تعقب بأن تأخير الوطء عن الكتابة ليس بلازم قلت انما قيد الوطء بكونه بعد الكتابة لا للاحتراز عما لو كان قبلها بل ليتوجه لها عليه المطالبة بالعقر حتى لو كانت الولادة من وطئه الكائن قبل الكتابة فلا عقر لها فتحصل من تعبير الشارح بثم ان استحقاقها العقر عليه مقيد بما اذا ولدت من وطئه بعد الكتابة لا مطلقا ولهذا قال فى الشرنبلالية وهو اى استحقاقها العقر ظاهر فيما اذا اقر بوطئها حال كتابتها اما لو جاءت بالولد لدون ستة أشهر من وقت الكتابة ولم يقر بالوطء بعد الكتابة لا يتوجه استحقاقها العقر عليه (قوله فهى بالخيار) لانه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتتخير بينهما عينى (قوله وأخذت العقر) أى مهر مثلها عناية (قوله سواء صدقته فى الدعوة او كذبته) لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادّعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة فى ملك المكاتبة وانما له حق الملك بخلاف ما اذ ادّعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرّد الدعوة من غير تصديق الابن لان له تملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له زيلعى (قوله فان مات المولى عتقت الخ) تفريع على ما اذا اختارت المضى على كتابتها حموى (قوله وسقط عنها بدل الكتابة) لانها اما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسلمه زيلعى (قوله وما بقى ميراث لولدها) لثبوت عتقها فى آخر جزء من أجزاء حياتها ولا ارث لمولاها الا ان العصبة النسبية مقدّمة (قوله فلا سعاية على هذا الولد) لانه حر عينى (قوله لانها مكاتبة) ولا يحل للمولى وطؤها حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك فى مدة يمكن ان يكون العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امّهات الاولاد زيلعى (قوله فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة) لان نسب ولد ام الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها كما ذكره الشارح فلا بدّ من الدعوة فان قلت تصريحهم بحرمة وطئها يشكل بما فى الدرر حيث صرح بجواز استيلاد المكاتبة قلت ما فى الدرر متعقب بأنه غير جيد وان اجيب عنه بأن المراد بالجواز الصحة لا الحل شرنبلالية (قوله فاذا ماتت سعى هذا الولد) أى ماتت من غير وفاء ولم يدعه فانه يسعى فيما بقى عليها الا انه مكاتب تبعا لها الا انه اما لم يثبت نسبه تكاتب عليها عينى وحموى (قوله فلو مات المولى بعد ذلك) أى بعد موت الام حموى (قوله عتق الولد) الآخر لان ولد ام الولد يعتق بموت المولى كامه حموى (قوله وبطلت عنه السعاية) لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها زيلعى ولانه صار حرا بموت المولى ولا سعاية على الحر حموى (قوله وان كاتب أم ولده او مدبره صح) لان ملكه ثابت فى كل واحد منهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابى حنيفة وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب فى الحال والى الحرية فى المآل زيلعى (قوله وعتقت مجانا الخ) أى عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا اعتقها المولى حال حياته زيلعى (قوله وسعى المدبر فى ثلثى قيمته الخ) لانه سلم له بالتدبير السابق على الكتابة الثلث فيكون البدل بمقابلة الثلثين لتجزى الاعتاق عنده فعنده لما كان متجزئا بقى ماوراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كان قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير لكون احد البدلين مؤجلا وفى التخيير فائدة لجواز ان يكون أكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر ادا لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا

(فصـــل) واذا (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها او عجزت نفسها (وهى ام ولده) صورته كاتب امة ثم وطئها فولدت فهى بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وادت بدلها واخذت العقر واكتسابها من مولاها وان شاءت عجزت نفسها عن اداء بدل الكتابة وردها الى الرق وصارت ام ولده سواء صدقته فى الدعوة او كذبته فان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت وتركت مالا تؤدّى كتابتها منه وما بقى ميراث لولدها فان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد وان ولدت ولدا آخر فنفاه المولى او لم يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها مكاتبة ولا يحل للمولى وطؤها فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة فاذا ماتت سعى هذا الولد فيما بقى عليها فلو مات المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت عنه السعاية (وان كاتب ام ولده او مدبره صح) عقد الكتابة حتى لو ادتا بدل الكتابة قبل موت المولى عتقتا بالكتابة (وعتقت مجانا بموته وسعى المدبر فى ثلثى قيمته اوكل البدل بموته) اى حال كون المولى (فقيرا) لا مال له غير عبده

زيلعى فاستفيد منه انه بالخيار بين ان يسعى فى ثلثى قيمته حالا او كل البدل مؤجلا يدل عليه قوله فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة الخ ولكن فى تعليله التخيير بقوله لجواز ان يكون أكثر المالين ايسر الخ نظر لاحتمال ان يكون الحال من المالين وهو ثلثا قيمته هو الاكثر وحينئذ فلا يتم ماذكره من قوله وفى التخيير فائدة الخ لانه لا يتم الا اذا كان المؤجل هو الاكثر ايهما كان وذلك يأباه قوله فتوجه لعتقه جهتان الخ فتأمل فانى لم ار من نبه على ذلك (قوله وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل منهما) لانه لما عتق كله بعتق ثلثه لعدم تجزى الاعتاق بطلت الكتابة و بطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقى عليه أصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى فى مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهم او يسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقى عليه بدل الكتابة حالا ووجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير يلزمه الاقل من غير تخيير اذ لا فائدة فى التخيير بين القليل والكثير فى جنس واحد زيلعى (قوله وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة) لان الكتابة صادفت كله وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه فالخلاف فى موضعين فى الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابى حنيفة فى المقدار ومع محمد فى نفى الخيار (قوله وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له باحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فتبقى له جهة الحرية متحصلة تدبين (قوله وعندهما يسعى فى الاقل منهما) وهو الاظهر كما فى المواهب حموى فالمخالفة فى التخيير لا غير بخلاف الاولى فان الخلاف فيها فى التخيير والمقدار اما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه به سلم الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم وهو الثلثان زيلعى (قوله والقياس ان لا يصح) لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا وجه الاستحسان ان الاجل فى حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا أو يجعل هذا الصلح فسخا منهما للكتابة السابقة وتجديدا للعقد منهما على خمسمائة حالة زيلعى وحموى لا يقال يجعل هذا الصلح اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط انما يتحقق فى المستحق والمؤجل لم يكن مستحقا وهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر فى كتاب الصلح وكذا لا يجوز اذا كان على مكاتب الغير ألف الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة عناية للزوم الربا بقى ان يقال ماذكره الزيلعى من ان بدل الكتابة مال من وجه مخالف لما فى الدرر حيث ذكر انه ليس بمال من وجه قلت ماذكره الزيلعى موافق لما فى الهداية ولا ينافيه ما فى الدرر لانه اذا كان مالا من وجه يفهم انه من وجه آخر ليس بمال فالمآل واحد (قوله مات مريض الخ) المحاباة فى هذه المسئلة فى الاجل لا فى القدر حموى (قوله كاتب عبده الخ) أى كاتبه فى المرض اذ لو كانت الكتابة فى الصحة لنفذت المحاباة مطلقا وان لم تجز الورثة ولو قال كما فى التنوير مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة فمات الخ لكان اولى (قوله وقيمته ألف) فلو كان مال الكتابة والقيمة على السواء بان كان ألفا فانه يجب تعجيل ثلثى الالف اتفاقا كما فى المفتاح (قوله او رد الخ) بالبناء للمجهول أى رده الورثة الى حالته الاولى رقيقا حموى (قوله وعند محمد يؤدى ثلثى الالف) لان المولى له ان يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله ان يؤخره بالطريق الاولى ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجرى عليه احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوى ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع زيلعى (قوله والباقى الى أجله) اى الباقى من البدل لا من القيمة كذا يستفاد من عبارة الدرر (قوله ادى ثلثى القيمة حالا الخ) وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة

وعند ابى يوسف يسعى فى الاقل منهما
وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته
وثلثى بدل الكتابة وقيد بقوله فقيرا
لانه لو مات وترك مالا يخرج المدبر
من الثلث عتق بالتدبير وسقط بدل
الكتابة (وان دبر مكاتبه صح فان عجز)
نفسه (بقى مدبرا والا) اى وان لم يعجز
ومضى على الكتابة ومات المولى ولا
مال له سواه (يسعى فى ثلثى قيمته) اى
ثلثى البدل (بموته) حال كون المولى
(معسرا) لا مال له غيره عند ابى حنيفة
وعندهما يسعى فى الاقل منهما وانما
قيد بقوله معسرا لانه لو كان موسرا
ويخرج المدبر من ثلث المال يعتق ولا
يلزمه السعاية (وان اعتق مكاتبه
عتق ويسقط) عنه (البدل وان
كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على
نصف حال صح) والقياس ان لا يصح
(مات مريض كاتب عبده على
ألفين) مؤجلا (الى سنة وقيمته ألف)
درهم ولا مال له غيره (ولم تجز الورثة)
التأجيل (ادى) العبد (ثلثى البدل
حالا و) ادى (الباقى الى اجله او رد
رقيقا) هذا عندهما وعند محمد
يؤدى ثلثى الالف وهو القيمة حالا
والباقى الى اجله (وان كاتبه على ألف
ألف) مؤجلا الى سنة وقيمته ألفان)
ومات ولا مال له سواه (ولم تجيزوا)
اى الورثة (ادى) العبد (ثلثى القيمة
حالا او رد رقيقا)

والاولى ان الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الاولى حتى كان يملك اسقاطها بأن يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على اقل من قيمته فلا يملك اسقاط مازاد على ثلث قيمته ولا تأخيره لان حق الورثة متعلق بجميعه بخلاف الاولى زيلعى وقوله حالا امامن الحلول او مقابل المستقبل حموى فعلى الاول يقرأ بالتشديد وعلى الثانى بالتخفيف (قوله ويسقط عنه الباقى) أى من القيمة أى يسقط عنه مازاد على ثلثى القيمة وبهذا التقرير تعلم ان قوله ويسقط عنه الباقى مرتبط بقوله ادى ثلثى القيمة حالا كما يفهم من الدر فلو قدمه على قوله اورد رقيقا كما فى التنوير لكان أولى (قوله اذا قبل الحر الاجنبى الخ) فيه تأمل حموى ولم يبين وجهه ووجهه ان فى قول الشارح أى اذا قبل الحر الخ اخراجا لكلام المصنف عن ظاهره المتبادر فان قوله أى اذا قبل الحر الخ يفيد ان ايجاب عقد الكتابة صدر من مولى العبد وهذا خلاف ما ظهر من كلام المصنف لان قوله حر كاتب عن عبد يفيد عكس ذلك فلم يكن بين المتن والشرح ملاءمة (قوله قبل أدائه) أى قبل اداء الحر شيخنا (قوله وقبل الرجل) صريح فى ان الامر لا يكون ايجابا فى باب الكتابة كالبيع فليحرر حموى بقى ان يقال يفهم من قول الشارح ثم ادّى ألفا بعد قوله وقبل الرجل انه لو لم يقبل وادى ألفا لا يعتق خلافا لما يظهر من الدرر حيث اطلق فى انه يعتق بالاداء ولم يقيده بقبول الرجل وكذا قيده فى العزمية بقوله عتقه بالاداء مقيد بما اذا قبل الرجل ثم ادى ألفا كما ذكره الزيلعى اه (قوله فانه يعتق بحكم الشرط) من غير قبول العبد واجازته واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء كذا بخط شيخنا (قوله ولو لم يقل على انى الخ) قيل هذه هى صورة الكتاب واليه مال الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير حموى (قوله لا يعتق قياسا) لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق زيلعى (قوله وفى الاستحسان يعتق) لان الكتابة نافذة فيما ينفع العبد وهو عتقه باداء ماشرط وتوقفها فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا له كذا فى البناية قال العلامة المقدسى وفيه انه اذا كان خاليا عن شرط التعليق كيف يقال اذا ادى يعتق بحكم الشرط واجيب بأن الكتابة تتضمن تعليق العتق باداء ماشرطه المولى من البدل وهو المراد من قولهم عتق باداء ماشرط وان لم يكن هناك تعليق صريح حموى فان قيل ما الفرق بين هذا والبيع فان بيع الفضولى يتوقف على اجازة المجيز وهنا لم يتوقف اجيب بان ما هنا اسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول فليراجع تكملة البحر للطورى (قوله لا يرجع على العبد) لانه متبرع وقد حصل مقصوده وهو عتق العبد فلو لم يحصل المقصود وهو العتق بان ادى بعض البدل يرجع بما اداه على المولى سواء اداه بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق زيلعى (قوله ان اداه بضمان يسترده) لان الضمان باطل لانه ضمن غير الواجب الا ترى انه لو ضمن بدل الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما اداه فههنا اولى واذا رجع على المولى لا يرجع المولى على العبد لانه لا شئ على العبد قبل الاجازة فيعتق بغير شئ كما فى الغاية بخلاف ما اذا ادى بلا ضمان حيث لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق فتم مراده وبخلاف ما اذا قبل العبد بنفسه الكتابة ثم تبرع انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع بما ادّى سواء ادى البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده زيلعى (قوله ويتوقف فى حق الغائب على اجازته) لعدم ولاية الحاضر على الغائب كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره وجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة او المشترى فيها او المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بادائها وليس عليهم شئ من البدل ولا تعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف فى حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه لانه ليس عليه دين الكتابة أصلا زيلعى واعلم ان التبعية بالنسبة للمولود فى الكتابة والمشترى ظاهرة وكذا فى المضموم اليها فى العقد اذ لا يجب عليه من البدل شئ فالتبعية فيه بالنظر لهذا الوجه (قوله وايهما ادى عتقا) اما اذا دفع الحاضر فلان

ويسقط عنه الباقى (حر كاتب) اى اذا قبل الحر الاجنبى عقد الكتابة لمولى العبد نائبا (عن عبد بألف وادّى) الحر عنه (عتق فان قبل العبد) حين سمع كلامه قبل ادائه (فهو مكاتب) وان قال لا اقبله ثم ادى القائل الالف لم يعتق لانه ارتد برده كذا فى النهاية صورتها حر قال لمولى عبد كاتب عبدك فلانا على الف درهم على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدّى الفا فانه يعتق بحكم الشرط ولو لم يقل على انى ان أديت اليك الفا فهو حر فأدى لا يعتق قياسا وفى الاستحسان يعتق ولو أدى القائل البدل لا يرجع على العبد وهل يرجع على المولى ويسترد منه ما أدى ان أداه بضمان يسترده وان أداه بغير ضمان لا (وان كاتب العبد الحاضر والغائب) معنى المسئلة ان يقول العبد كاتبنى على الف على نفسى وعلى فلان الغائب وكاتبهما على هذا (وقبل الحاضر صح) العقد عليهما استحسانا والقياس ان تصح الكتابة على الحاضر بحصته من البدل ويتوقف فى حق الغائب على اجازته (وايهما ادى عتقا) ويجبر المولى على القبول (و) ايهما ادّى بدل الكتابة

البدل عليه وهو أصل فيه واما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا كما اذا ادّى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فانه يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين كذا فى الزيلعى ووقع فى بعض نسخ الدرر ذكر دينه بدل عينه وهو غلط كما الشرنبلالية (قوله لا يرجع على صاحبه) اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه واما الغائب فلانه ادّى بغير أمره وليس بمضطر فيه بخلاف معير الرهن فان الاضطرار بفوات شئ حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية ان تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات لو لم يؤدّ اجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به حموى عن الاكمل (قوله وان وهبها للغائب لم يعتقا) لانه لا دين عليه فكان تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف ما لو وهبها للحاضر لكون الدين عليه (قوله وان حرر العبد الغائب عتق) وسقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل فى العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا بخلاف الولد المولود فى الكتابة او المشترى حيث لا يسقط عن الامة شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا او لم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل فى الكتابة تبعا درر وقوله لا يسقط عن الامة مسا ولما فى الزيلعى من قوله عن الام اذ المعين لا يختلف لكن ذكر عزمى زاده ان ما فى الزيلعى اظهر (قوله ويؤدى الغائب حصته حالا) كذا لو مات الحاضر درر ودر (قوله والا رد فى الرق) لانه دخل فى العقد مقصودا بخلاف المولود فى الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات درر وفيه نظر اذ دخوله فى العقد مقصودا لا يقتضى تحتم الاداء عليه حالا ولا رده فى الرق عند عدم الاداء للحال والظاهر ان يعلل بما ذكره عزمى عن الكافى من ان الاجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب ثم ظهر انه تعليل لسقوط حصته من بدل الكتابة ولو ذكره عقبه مقدما على قوله وادى الغائب حصته حالا والا رد فيها كالزيلعى لكان صوابا وليس المراد تقديم الكل بل خصوص قوله لانه دخل فى العقد مقصودا واما قوله بخلاف المولود فى الكتابة الخ فانه يبقى فى محله مؤخرا كما هو فى الزيلعى كذلك (قوله ولا يؤخذ الغائب) بشئ من البدل لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم شيئا وانما دخل فى الكتابة تبعا عينى (قوله وقبوله لغو) وكذا ردّه زيلعى يحتاج للفرق بين هذه المسئلة والمسئلة السابقة فانه قال هناك اذا قبل العبد صار مكاتبا وانى افندى واقره نوح افندى (قوله والكتابة لازمة للشاهد) أى للحاضر من الشهود بمعنى الحضور لا من الشهادة (قوله وعن ابنين صغيرين) مفاده ان قبول الاولاد وردهم لا يعتبر وبه صرح الزيلعى وانظر هل تقييد الابنين بكونهما صغيرين احترازى لم اره والظاهر انه اتفاقى بدليل ما فى الزيلعى حيث جعل هذه المسئلة مثل كتابة الحاضر والغائب فى جميع الاحكام فلو لم يقيد بالصغر كعدم تقييد الغائب به لكان اولى (قوله وأى ادّى لم يرجع) لانه متبرع درر (قوله ويجبر المولى على القبول) تقدم وجهه فيما اذا كاتب الحاضر والغائب (قوله ويعتقون) لوجود شرط العتق وهو اداء البدل ولو اعتق المولى الام بقى عليهما من بدل الكتابة بحصتهما يؤديانه فى الحال ويطالب المولى الام بالبدل دونهما ولو اعتقهما سقط عنها حصتهما وعليها الباقى على نجومها ولو اكتسبا شيئا ليس للمولى أخذه ولا له ان يبيعهما ولو ابرأهما عن الدين او وهبهما لا يصح كما فى العينى لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين بخلاف ما لو وهبه لها او ابرأها منه حيث يصح فتعتق ويعتقان

(باب كتابة العبد المشترك)

(قوله فاذا قبض المكاتب الخ) بكسر التاء على صيغة اسم الفاعل (قوله لانه لو لم يأذن الخ) وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه فى المقبوض ويختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن لعبده بالاداء اليه

(الا يرجع على صاحبه) بشئ وان وهب المولى الكتابة للحاضر عتقا وان وهبها للغائب لم يعتقا وان حرر العبد الغائب عتق وان حرر الحاضر عتق وبطل عنه حصته من الكتابة و يؤدى الغائب حصته حالا و الا رد فى الرق (ولا يؤخذ) العبد (الغائب بشئ) من البدل (وقبوله لغو) يعنى قبل العبد الغائب اولم يقبل فليس ذلك منه بشئ حتى لا يجب عليه شئ من البدل والكتابة لازمة للشاهد (وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح) العقد (واى أدى) بدل الكتابة (لم يرجع) على صاحبه بشئ ويجبر المولى على القبول و يعتقون

(باب كتابة العبد المشترك)

عبد لهما اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب حظه) اى حظ المأذون (بألف و) ان (يقبض) الشريك المأذون (بدل الكتابة فكاتب) نصيبه بألف (وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وان ادى الفاعتق حظه ولا يضمن لشريكه ولكن يسعى العبد فى نصيب الساكت هذا عنده وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة الكل فيكون بدل الكتابة بينهما فاذا قبض المكاتب شيئا يكون بينهما قبل العجز و بعده وانما قيد بقوله اذن احدهما لانه لولم يأذن

فيكون الآذن متبرعا بنصيبه على المكاتب أي على العبد المكاتب فيصير المكاتب اخص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم كله له كرب الوديعة اذا أذن المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم زيلعى ومن هنا تعلم ما فى عبارة الدرر من الخلل حيث قال فيكون متبرعا بنصيبه على القابض لما علمت من ان التبرع انما هو على العبد كما نبه عليه عزمى ثم ظهر ان ماذكره فى الدرر موافق لما يظهر من سياق كلام الهداية والاتقانى (قوله له حق الفسخ) لانه يتضرر بالكتابة اذ بها يمتنع بيع نصيبه فى الحال ويصير مستسعى فى ثانى الحال ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد شرنبلالية عن البدائع بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا اضرار فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤل الى ذلك وبخلاف عتقه وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ زيلعى (قوله وللساكت ان يأخذ الخ) لانه كسب عبد بينهما ويرجع الذى كاتب على العبد بما اخذ شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له فيرجع عليه الى تمام بدله ومايكون من الكسب فى يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا فى الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وما اكتسبه بعد الاداء له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى وهو أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد والقول له فيه لان الكسب حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات شرنبلالية عن البدائع واعلم ان الرجوع على العبد بما أخذه الشريك مفروض فيما اذا كاتب حظه على بدل وقبض بعضه فأخذ الشريك منه نصفه لان الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له الا نصفه وأما اذا كان البدل مقابلا بكله كما لو كان كاتبه مكاتبا بألف لم يرجع على المكاتب بشئ مما اخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه زيلعى (قوله صحت دعوته) لقيام ملكه فصار نصيبه ام ولد لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة واذا ادعى الآخر ولدها الثانى صحت دعوته لقيام ملكه ثم اذا عجزت جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الامة كلها ام ولد للاول لان المانع من الانتقال قد زال ووطؤه سابق درر (قوله وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد درر وعبارة الكافى لتكامل الاستيلاد قال عزمى زاده ومنه يظهر ان العبارة لما بكسر اللام وتخفيف الميم لا غير اه وقوله نصف قيمتها أى مكاتبة (قوله ونصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة عينى (قوله وضمن شريكه الآخر عقرها) لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثانى نصف العقر وقيمة الولد درر مع عناية (قوله وهو ابنه) لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ماعرف عينى قال فى المفتاح وكان ينبغى أن لا يضمن المستولد الثانى قيمة الولد للاول عند ابى حنيفة لان ولد ام الولد كامه فى عدم التقوم والحكم كذلك عند ابى حنيفة وماذكر فى المتن قولهما كذا فى النهاية قال الحموى وفيه ان ما ادعاه من ان ما فى المتن قولهما ممنوع فقد اطبق الشراح على ان ما فى المتن قول ابى حنيفة غاية ما فيه انه يشكل على قوله وقد أجيب عنه باجوبة منها ان فى تقوم ام الولد روايتين فيكون الولد متقوما على احداهما ومنها ان ام الولد متقومة فى الجملة بدليل صحة كتابتها وعلى تسليم عدم تقومها أصلا فحكمنا بتقوم ولدها على مذهب الخصم للضرورة اه والاولى فى الجواب مانقله الشيخ شاهين عن المبسوط حيث قال لا يقال ولد ام الولد لا مالية فيه عند الامام كامه فكيف يضمن بالغرور لان هذا بعد ثبوت أمومية الولد (قوله وأى دفع العقر الى المكاتبة صح) لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بمنافعها وابدالها درر وقال فى الشرنبلالية وكان الاولى فى التعليل ان يقول كما قال الزيلعى لاختصاصها بنفسها اه وأقول ماذكره فى الدرر موافق لما فى الهداية (قوله واذا عجزت ترده الى المولى) لظهور اختصاصه (قوله وعندهما هى ام ولد الخ) هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى تجزى الاستيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما

له حق الفسخ عند الكل وان لم يفسخ حتى أدى بدل الكتابة عتق حظه عند أبى حنيفة وللساكت أن يأخذ من الذى كاتب نصف ما أخذ من البدل (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت) ولدا (فادعاه) الواطئ صحت دعوته وثبت النسب (ثم وطئ) تلك (الامة الشريك الآخر فولدت) ولدا (فادعاه) الآخر دعوته وثبت النسب (فعجزت) عن الاداء (فهى أم ولد للاول وضمن) المستولد (لشريكه نصف قيمتها) ونصف عقرها (و) ضمن (شريكه) الآخر (عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأى) من المستولدين (دفع العقر الى المكاتبة صح) فلا يطالبه ثانيا يعنى قبل العجز واذا عجزت ترده الى المولى وهذا عند أبى حنيفة وعندهما هى أم ولد للاول

لايتجزأ واستيلاد القنة لايتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فأبو حنيفة قاس المكاتبة على المدبرة لان الكتابة عقد لازم كالتدبير فنعت من تكميل الاستيلاد وهما قاساها على القنة لان الكتابة تحتمل الفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب ففسخناها فى حق تكميل الاستيلاد وبقيت فيما وراءه لا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لان فى انفساخها ضررا ببطلان حقها فى الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب زيلعى (قوله وهى مكاتبة كلها له) وعليها كل بدل الكتابة عند الجمهور لان الانفساخ لضرورة التملك تكميلا للاستيلاد فلا يظهر فيما وراء الضرورة وقال ابو منصور الماتريدى عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة زيلعى (قوله وعليه نصف قيمتها) مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه فى حال كتابتها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك وقيمة المكاتب على النصف من قيمة القن لانه حر يدا اذا بقيت الرقبة شرنبلالية عن الفتح وفى المحيط اختلف على قولهما قيل يضمن نصف قيمتها قنة ويضمن نصف عقرها للساكت ونصفه للمكاتبة وقيل يضمن نصف قيمتها مكاتبة والاول اصح حموى عن المقدسى (قوله وعند محمد عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة) وعلى هذا فمعنى ما سبق من قول المصنف والشارح فعجزت عن الاداء أى اداء كل البدل بعد ان ادت بعضه واعلم ان الزيلعى وغيره كصاحب الهداية علل لمذهب محمد بقوله لان حق الشريك فى نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفى نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب اه وفيه تأمل لانه صريح فى ان الواجب هو الاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فينافيه ما سبق من ان عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة فليحرر وقد يجاب بأن المراد من نصف بدل الكتابة نصف مابقى منه (قوله من نصف القيمة) من بيانية شيخنا (قوله ومن نصف مابقى) أى نصف هو مابقى شيخنا (قوله ولا يثبت الخ) لان وطئه صادف ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه زيلعى (قوله بطل التدبير الخ) بالاجماع اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر كلها ام ولد للاول وان الثانى لم يكن له فيها ملك والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بالقيمة (قوله والولد للاول) هذا وان استفيد من قوله وهى ام ولد الاول الا انه لا يعد معه تكرارا اذ ذاك بالنظر لذات الامة وهذا بالنظر لذات الاولاد ولو أبدله بقوله وتم الاستيلاد للاول لكان أولى اذ قوله والولد للاول يوهم كون الثانى وطئ وادعى والفرض خلافه (قوله فعجزت) أما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند الامام لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعى العبد ان كان معسرا حموى لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار (قوله ضمن لشريكه الخ) يعنى اذا اختار الشريك تضمينه وان شاء اعتق أو استسعى شرنبلالية (قوله ورجع به عليها) لانه قام مقام الساكت شرنبلالية (قوله وعندهما لا يرجع) لانه ضمن حصة شريكه باعتاقه وهو فعله ولا يلزمها ضمان مالزمه بفعله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما شرنبلالية (قوله نصف قيمته مدبرا) لان الاعتاق صادفه مدبرا وهو ثلثا قيمته قنا لان المنافع ثلاثة بيع وشبهه واستخدام وشبهه واعتاق وتوابعه وفات البيع فيسقط الثلث ولا يتملكه بالضمان اذ لا يقبل النقل كما لو غصب مدبرا وأبق وضمن قيمته حموى عن الرمز (قوله ولكنه ان شاء اعتق وان شاء استسعى) فتخيير المدبر بكسر الباء بين الاعتاق والاستسعاء ثابت له فى الصورتين اعنى ما اذا دبره أحدهما ثم حرره الآخر وكان بالعكس وهى الصورة التى ذكرها المصنف

بعدها

وهى مكاتبة كلها له وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبى يوسف وعند محمد عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف مابقى من بدل الكتابة ولا يثبت النسب للولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد حرا بالقيمة ويغرم العقر لها (وان دبر) الامة الشريك (الثانى ولم يطأها فعجزت بطل التدبير) عندهم (وهى أم ولد للاول وضمن) المستولد الاول (لشريكه) وهو الذى دبرها (نصف قيمتها ونصف عقرها والولد للاول) وان دبرها الاول صح فى حظه عند أبى حنيفة وعندهما صح فى الكل ويضمن نصيب الشريك موسرا أو معسرا (وان كاتباها فحررها أحدهما) حال كون المعتق (موسرا فعجزت ضمن) المعتق (لشريكه نصف قيمتها ورجع به) أى بما أدى (عليها) عند أبى حنيفة وعندهما لا يرجع (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر) حال كون المحرر (موسرا للمدبر ان يضمن المعتق نصف قيمته) مدبرا وان شاء أعتق وان شاء استسعى (وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن) المدبر (المعتق) ولكنه ان شاء أعتق وان شاء استسعى وهذا عند أبى حنيفة وعندهما ان دبر أحدهما أولا صار كله مدبرا وملك نصيب صاحبه

بعدها بقوله وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر بخلاف تضمين المدبر المعتق فانه خاص بالصورة الاولى ولهذا نفاه فى الصورة الثانية بقوله لا يضمن المدبر المعتق (قوله فبطل تحرير الآخر) لان التدبير لا يتجزأ عندهما فتملك نصيب صاحبه بالتدبير (قوله موسرا كان اومعسرا) لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار (قوله و بطل تدبير الآخر) لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما (قوله ان كان معسرا) لان هذا ضمان اعتاق فيختلف بالاعسار واليسار

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

(قوله اى قسط) استعمال النجم بمعنى القسط مجاز عن استعماله بمعنى الوقت واستعماله بمعنى الوقت مجاز عن استعماله بمعنى الطالع فحينئذ يكون استعماله بمعنى القسط مجازا بمرتبتين حموى (قوله اى يرجى وصوله) فيه ان هذه الصيغة لا تفيد معنى الرجاء حموى (قوله الى ثلاثة أيام) لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء والتأخير الى ثلاثة ايام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بدّ للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر على ان يكون من باب التعجيل دون التأخير نظرا لهما واظهارا للعذر كما فى شرط الخيار وقصص الاخبار كذا فى الزيلعى وقوله وقصص الاخبار بيانه ان الخضر قال لموسى بعد الثالثة هذا فراق بينى و بينك وقوله على ان يكون من باب التعجيل لان اليومين والثلاثة لا بد منها لامكان الاداء وليس بتأخير وقوله كامهال الخصم للدفع اى دفع الدعوى بيانه ان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة فانه لا يؤخر اكثر من ثلاثة ايام كما فى العناية ومعنى ابلاء الاعذار اختبار أصحاب الاعذار وقوله والمدين للقضاء بالجر والتقدير وكامهال المدين الخ يعنى اذا اثبت على رجل دينا فقال المدعى عليه امهلنى للقضاء اى لاقضيك دينك يمهل الى ثلاثة ايام لا زائد عليها والكلام فى غير المعسر اما هو فيمهل الى الميسرة (قوله عجزه الحاكم) لم يقل القاضى ليشمل المحكم لان حكمه يصح فيما سوى الحدود والقصاص اذا كان له اهلية القضاء حموى عن البناية (قوله ومافى يده لسيده) أى من الاكساب اذ ظهر انه كسب عبده درر (قوله لانه فى حال الكتابة مرقوق) لانه عبد مابقى عليه درهم لان شرط عتقه اداء كل البدل وقوله فى الدرر عاد رقه على حذف مضاف اى احكام رقه واعلم ان المكاتب كامل الرق ناقص الملك بخلاف المدبر وام الولد فانهما على العكس وثمرة هذا تظهر فى الاعتاق عن الكفارة فاعتاق المكاتب يجزيه عنها لكونه كامل الرق بخلاف المدبر وام الولد وتظهر أيضا فى قوله كل مملوك لى حر حيث لا يعتق مكاتبه لكونه حرا يدا بخلاف المدبر وام الولد (قوله وعند ابى يوسف الخ) قال فخر الاسلام على البزدوى وقول ابى يوسف استحسان يصار اليه تيسيرا على العبد شيخنا عن الاتقانى (قوله حتى يتوالى عليه نجمان) لقول على اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولهما ماروى عن ابن عمر أن مكاتبة له عجز عن نجم فرده فى الرق والمروى عن على يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه زيلعى (قوله ينفرد المولى الخ) كما اذا وجد المشترى فى المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ قلنا العبد بعد العقد صار فى يده اى فى يد نفسه فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بدّ من القضاء او الرضا تبيين (قوله وله مال لم تفسخ) قيد به لانه لو مات ولا مال له تنفسخ كتابته حتى لو تطوع أحد باداء بدل الكتابة لا يقبل منه وهذا قول الاسكاف وقال أبو الليث لا تنفسخ مالم يقض بالعجز والفسخ حتى لو تطوع باداء البدل قبل القضاء بالفسخ جاز وعتق حموى عن المنصورية (قوله فى آخر جزء من اجزاء حياته) هذا قول الجمهور وذهب بعضهم الى انه يعتق بعد الموت بأن يقدر حيا قابلا للعتق كما قدر المولى حيا مالكا معتقا كذا فى الكافى

فبطل تحرير الآخر فيضمن نصف قيمته قنا موسرا كان أو معسرا وعندهما ان أعتق أحدهما نصيبه أولا عتق كله وبطل تدبير الآخر ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد فى ذلك ان كان معسرا

(باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

مكاتب عجز عن نجم) أى قسط ووظيفة من وظائف بدل الكتابة (و) قد كان (له مال سيصل) أى يرجى وصوله اليه بأن كان دينا تقبضه أوما لا تقدم عليه (لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام والا) أى وان لم يكن له مال سيصل اليه وطلب المولى تعجيزه (عجزه) الحاكم (وفسخها) أى فسخ الحاكم الكتابة (أو) فسخها (سيده برضاه) أى برضا العبد (وعاد أحكام الرق ومافى يده لسيده) وانما لم يقل عاد فى الرق لانه فى حال الكتابة مرقوق أيضا هذا عندهما وعند أبى يوسف لا يفسخ ولا يعجزه ولا يرده فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان وفى بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا العبد (وان مات) المكاتب (وله مال لم تفسخ الكتابة) (وتؤدى كتابته) أى بدل الكتابة (من ماله وحكم بعتقه فى آخر) جزء من أجزاء (حياته) ومابقى

واعلم ان سياق قول المصنف وان مات وله مال لم تفسخ وتؤدّى كتابته من ماله الخ يقتضى انه لا يحكم له بالعتق قبل الاداء حموى عن البناية والاختيار قال وفى الينابيع انه يعتق قبل موته ولا يتوقف على الاداء الخ (قوله فهو ميراث لورثته) قال الزيلعى ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حراوه ولودا فى الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ورثه اه ويخالفه ما فى الخانية حيث قال وان ترك المكاتب ولدا حرا وولدا كان مكاتبا معه كتابة واحدة وولدا اشتراه فى كتابته وقد ترك المكاتب وفاء كان ميراثه لولده المكاتب اه قال شيخنا يعنى المكاتب معه كتابة واحدة والمشترى (قوله و يعتق اولاده الذين ولدوا من امته أو اشتراهم) كان ينبغى ان يزاد عتق ابنه فيما اذا كوتب هو وابنه صغيرا أو كبيرا بكتابة واحدة فان كلا منهم يتبعه فى الكتابة و يعتقه عتقوا كما فى الدرر لكن اعترض عزمى زاده على ما ذكره من التعليل بالتبعية بالنسبة للصورة الاخيرة قال والصواب ما قاله الزيلعى من انه اذا حكم بعتق أحدهما فى وقت حكم بعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد الخ لا يقال قوله و يعتق أولاده الذين ولدوا من امته مشكل لتصريحهم بأن المكاتب لا يجوز له التسرى لانا نقول عدم جواز التسرى لا ينافى ثبوت نسب الولد اذا وطئها فولدت فادعاه كما سبق معزيا للشرنبلالية (قوله وهو قول الشافعى) له ان العقد لو بقى لبقى لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد زيلعى (قوله ولد فى كتابته) لا قبلها در (قوله اى لم يترك ما لا يفى الخ) يشير الى ان العطف بحسب المعنى حموى (قوله على نجومه) لان المولود فى الكتابة يتكاتب تبعا لابيه وكان التأجيل ثابتا لابيه فلا يسقط التأجيل بموته بخلاف الحر اذا مات وعليه دين مؤجل يحل لان حق التأجيل لم يثبت للوارث حموى (قوله حكم بعتقه الخ) لانه داخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء فصار كما اذا ترك وفاء درر (قوله ولو اشترى المكاتب ولدا الخ) كذا فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وفى نسخة اخرى ولو اشترى المكاتب ولده بالاضافة الى الضمير قال وفى هذا المزج خلل وكان حقه ان يقول ولو مات وترك ولدا الخ ووجه الخلل ما يقتضيه مزجه من كون المراد بالولد فى قول المصنف وترك ولدا مشترى غير المشترى لكونه نكرة (قوله فقط) أى دون وفاء أخذا من قول المصنف بعد فان اشترى ابنه فمات وترك وفاء حموى (قوله عجل الولد البدل الخ) لان حكم العقد لم يسر اليه لكنه اذا ادى فى الحال فقد ظهر ان اباه مات عن وفاء وان الكتابة باقية وانه مات حرا عينى وفى التقييد بالولد اشارة الى ان الوالدين ليسا كالولد فيباعان كسائر اكسابه وهذا عند ابى حنيفة وعندهما اذا مات المكاتب وترك ولدا مشترى او ابا اواما يسعى على نجوم المكاتب كالولد المولود فى الكتابة شرنبلالية عن مختصر الظهيرية ونقل بعضهم عن الخانية ان ذا الرحم كذلك اه بقى ان يقال ما ذكره الشرنبلالى من ان الاب او الام يسعى على نجوم المكاتب عندهما مخالف لما فى الدر حيث قال واما الابوان فيردان للرق كما مات وقالا ان اديا حالا عتقا والا لا اه (قوله وعندهما يؤدّيه على نجوم أبيه) كالمولود فى الكتابة وبه قال مالك عينى (قوله وكذا لو كان هو وابنه الخ) لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد لاتحاد العقد اما اذا كان الابن مكاتبا بعقد على حدة لم يرث الابن منه شيئا لانه لا يعتق بعتق ابيه بل يعتق بادائه فيتأخر عتقه عن عتق ابيه فلا يرث لان الرق مانع من الارث كالكفر حموى عن غاية البيان وقوله فيتأخر عتقه الخ يشير الى انه اذا ادّى الابن قبل ابيه لا مانع من ارثه منه حينئذ (قوله من حرة) أى معتقة درر والقرينة على ذلك قوله الآتى فقضى به على عاقلة الام (قوله لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب) لان هذا القضاء يقرر الكتابة لانها تقتضى الحاق الولد بموالى الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجرّ الولاء الى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا درر وتذكير الضمير فى حكمه مع ان مرجع الضمير وهو الكتابة مؤنث نظرا الى عقدها واذا انجرّ الولاء لقوم الاب فلموالى الام الرجوع عليهم بما عقلوا الاعلى ولى الجناية كذا نقله بعضهم عن الطورى والديرى وأقول ذكر شيخنا ما نصه واذا انجرّ الولاء لقوم الاب فلا رجوع

لعاقلة

فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده الذين ولدوا من أمته أو اشتراهم فى حال الكتابة وهو قول على وابن مسعود وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك لاولاده وهو قول الشافعى (وان مات) المكاتب (وترك ولدا ولد فى كتابته ولا وفاء) عطف على قوله ولدا أى لم يترك ما لا يفى ببدل الكتابة (سعى الولد) كأبيه فى كتابته على نجومه فاذا أدّى حكم بعتقه) أى بعتق الولد (وعتق أبيه قبل موته ولو) اشترى المكاتب ولدا ثم مات و(ترك ولدا مشترى) فقط (عجل) الولد (البدل حالا أو رد) الولد (رقيقا) عند أبى حنيفة وعندهما يؤديه على نجوم أبيه (فان اشترى) المكاتب (ابنه فمات) أى المكاتب (وترك وفاء ورثه ابنه) أى ورث ما بقى من بدل الكتابة (وكذا) يرث ابنه منه (لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة ولو) مات المكاتب و(ترك ولدا) كائنا (من حرة و) ترك (دينا) على الناس (وفيه وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به) أى بأرش الجناية (على عاقلة الام لم يكن ذلك) القضاء (قضاء بعجز المكاتب) وفيه اقيد بالدين

لعاقلة الام على عاقلة الاب لان الولاء انما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان اعتاقه اهـ وصرح فى الدر بعدم الرجوع ثم رأيت فى الزيلعى من كتاب الولاء مانصه وفى الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا وجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عتقوا بتبعا الامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام كما فى ولد الملاعنة وان أعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب وفى الولاء حين عقل قوم الام كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق يقتصر فلا يرجعون به اهـ ثم انى راجعت تكملة فتح القدير للديرى فرأيته نقل عن الدراية فى الرجوع وعدمه تفصيلا فقال ثم فى مسئلة الارش اذا ظهر للولد ولاء من قبل الاب عند أداء البدل فموالى الام لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد فى حياة المكاتب على موالى الاب لانه انما حكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حياته فلا يستند عتقه الى أول عقد الكتابة اما لو عقلوا عن جنايته بعد موت الاب قبل اداء البدل رجعوا لان عتق الاب استند الى حال حياته الخ (قوله لانه لو ترك عينا) يعنى تفى بالبدل بدليل التعليل بامكان الوفاء فى الحال (قوله اذ يمكن الوفاء فى الحال) أى وفاء بدل الكتابة من العين فيظهر انه مات حرا فيكون ولاء ولده لموالى أبيه (قوله وان اختصم موالى الام الخ) يعنى مات ولد المكاتب بعد موت أبيه فقال موالى الام مات المكاتب رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا والولاء لنا عناية (قوله فهو قضاء بالعجز والفسخ) لان معنى القضاء بكون ولاء الولد لموالى الام ان الاب مات رقيقا وانفسخ الكتابة فيكون القضاء فى مجتهد فيه فينفذ وتنفسخ الكتابة درر فان الكتابة تنفسخ عند الشافعى بموت المكاتب قبل الاداء وان ترك ما يفى بالبدل وأشار بقوله فيكون القضاء فى مجتهد فيه الخ الى الجواب عما قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفى صيانته بطلان ما تجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين ارجح وأجيب بان صيانة القضاء أولى لانه اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ بالاجماع وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة فى بقائها عناية (قوله طاب لسيده) بالاجماع لان تبدل الملك كتبدل العين كما طاب ما أخذه الفقير صدقة ثم استغنى أو تركه لوارثه الغنى وما أخذه ابن السبيل ثم وصل الى ماله ولو لم يتبدل الملك كما اذا أباح الفقير للغنى أو الهاشمى ما اخذه من الزكاة لا يحل أو اباح ما اشتراه فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب شرنبلالية عن التبيين وهنا اشكال وهو ان ملك الرقبة كان للمولى فانى يتحقق تبدل الملك وأجيب بان تبدل ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا فى مقابلة ملك اليد للمكاتب فان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف فى ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف فى ملكه وبالعجز ينعكس ذلك وليس ذلك الا بتبدل الملك للمولى وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ملك ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين ولعل الاولى أن يقال المولى لم يكن له يد قبل العجز وحصل به فكانه تبدل عناية (قوله فكذلك يطيب وان كان غنيا عند محمد بلا اشكال) لان المكاتب عنده اذا عجز يملك المولى ما فى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى اكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما فى العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لما ذكرنا ان المحرم هو ابتداء الاخذ زيلعى (قوله دفع أو فدى) لانه لما كاتبه ولم يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالكتابة من غير علم وامتنع الدفع فاذا عجز زال المانع فيتخير عينى (قوله أو قيمته) كذا فى النسخ التى وقفت عليها والصواب أو الارش الى ولى الجناية شيخنا (قوله وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يتخير فيه المولى بين الدفع والفداء وقبل العجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة

لانه لو ترك عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق بالام اذ يمكن الوفاء فى الحال كذا فى شرح السيد (وان اختصم موالى الام و) موالى (الاب فى ولائه) أى ولاء ولد المكاتب (فقضى به) أى بالولاء (لموالى الام فهو) أى القضاء بالولاء لموالى الام (قضاء بالعجز) والفسخ (وما أدى المكاتب) الى مولاه (من الصدقات) والمولى ممن لا تحل له الصدقة (وعجز) العبد (طاب لسيده) هذا اذا عجز بعد ادائه الى المولى فلو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك يطيب وان كان غنيا عند محمد وكذا فى الصحيح من مذهب أبى يوسف (وان جنى عبد فكاتبه سيده) حال كون السيد (جاهلا بها) أى بالجناية (دفع أو فدى) أى دفع المولى نفس العبد أو قيمته الى ولى الجناية وانما قيد بقوله جاهلا لانه لو كان عالما بها عند الكتابة يصير مختارا للفداء (وكذا) دفع أو فدى (ان جنى مكاتب ولم يقض به) أى بارش الجناية على المكاتب (فعجز) أى عن الاداء (فان قضى به) أى بارش الجناية (عليه فى) حال (كتابته فعجز) المكاتب عن الاداء (فهو) أى قدر قيمته (دين) على المكاتب اذا كان ارش الجناية أكثر وان كان أقل فارش الجناية دين (بيع)

وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب الا ترى ان جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من القيمة ومن الارش لانه أحق بكسبهما زيلعى ولو مات المكاتب وعليه دين وجناية وبدل كتابة ومهر امرأة تزوجها بغير اذن المولى بدئ بالدين ثم بالجناية ثم ببدل الكتابة ثم بالمهر الاقوى فالاقوى حموى عن الخزانة (قوله يبيع فيه) لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء در رقال المولى عزمى وهذا موافق لما فى الهداية والكافى ومبناه أن يكون الحكم الاصلى لجناية المكاتب جناية خطا وجوب القيمة ومافى المبسوط هو أن يكون الواجب سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كما نبه عليه فى العناية (قوله يبيع أيضا) لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبها القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل فى جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلى الا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ زيلعى باختصار (قوله لم تنفسخ الكتابة) لئلا يبطل حق المكاتب حموى (قوله و يؤدى المال الى ورثته على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة لكن الورثة يحلفونه فى الاستيفاء درر وهذا اذا كاتبه وهو صحيح فلو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث فيؤدى ثلثى البدل حالا والباقى على نجومه شرنبلالية عن التبيين ولو كان للمولى وصى وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض و يعتق بقبض الوصى وان لم يكن عليه دين و يعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال المكاتب لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه اوصل الحق الى مستحقه زيلعى لكن فى عدم عتقه بقبض الوارث اذا لم يكن الدين مستغرقا نظر ففى غاية البيان اذا كان الدين محيطا بماله يمنع انتقاله الى الوارث فتقييد الدين بالمحيط يفيد ان غير المحيط لا يمنع انتقاله الى الوارث فحينئذ يعتق بقبض الوارث فتدبر (قوله والقياس انه لا يعتق) لعدم ملكهم عينى وجه الاستحسان انه يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته كما اذا ابرأه المولى عن بدل الكتابة كله و يشترط ان يعتقوه فى مجلس واحد حتى لو اعتقوه متفرقا لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون مالم يرجع الاول درر (قوله لم ينفذ عتقه) لانه لم يملكه ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى للابراء بطل المقتضى أيضا بخلاف اعتاق الجميع عينى والله أعلم

(كتاب الولاء)

(قوله هو من آثار العتق الخ) أى الولاء باعتبار أحد نوعيه لا مطلقا حموى (قوله فيتلوه) لانه اثره والاثر يكون بعد المؤثر من غير فصل ولم يذكره عقب كتاب العتق ليكون واقعا عقب سائر أنواع العتق فان الكتابة من اسبابه (قوله ثم هو مأخوذ من الولى الخ) أى لغة واما شرعا فقرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة غرر (قوله ومنه) أى من الولاء بمعنى القرابة الحكمية حموى ومقتضاه ان زيادة قوله حكمية حاصلة من العتق أو النسب من كلام الشارح لكن ذكر شيخنا ان هذه الزيادة ليست من الشارح (قوله لحمة كلحمة النسب) اختلف فى ضم اللحمة وفتحها فقيل فى النسب بالضم وفى الثوب بالضم أو الفتح وقيل فى الثوب والنسب بالفتح وأما بالضم فهو ما يصاد به الصيد ومعنى الحديث المخالطة فى الولاء وانها تجرى مجرى النسب فى الميراث كما تخالط اللحمة سداء الثوب حتى يصيرا كالشئ الواحد لما بينهما من المداخلة الشديدة حموى عن نهاية ابن الاثير (قوله وقيل الولاء الخ) مقابل لما تقدم من ان الولاء

بمعنى

المكاتب (وه) أى فى حق قدر قيمته
الأن يقضى المولى عند هذا عندهما
وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله
الاول وهو قول زفر اذا عجز قبل
القضاء يبيع أيضا (وان مات السيد
لم تفسخ الكتابة ويؤدى) المكاتب
(المال الى ورثته على نجومه وان
حرروه عتق مجانا) والقياس أن
لا يعتق (وان حرر البعض لم ينفذ
عتقه) وقال الشافعى عتقه صحيح

(كتاب الولاء)

هو من آثار العتق فيتلوه ثم هو مأخوذ
من الولى بمعنى القرب يقال بينهما ولاء
أى قرابة حكمية حاصلة من العتق
أو من الموالاة ومنه قوله صلى الله
عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب
أى وصلة كوصلة النسب وقيل
الولاء والولاية بالفتح النصرة

بمعنى القرابة حموى (قوله وحصول الثانى بعد الاول) المراد بالثانى الولاء وبالاول العتق شيخنا (قوله فسمى باسم الولاء) أى سمى الاثر الحاصل من العتق بالولاء لوجود معنى الولاء فيه حموى (قوله وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور) لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق زيلعى لان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل فى الاشتقاق هو مصدر الثلاثى وهو العتق عناية (قوله والاصح ان سببه العتق على ملكه) لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى أن يكون العتق على المالك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب زيلعى أو ان القصر فى الحديث اضافى حموى عن المقدسى فيكون المعنى الولاء لمن اعتق لا لمن شرطه لنفسه من بائعه ونحوه كواهب وموص (قوله يجرى بين اثنين) التقييد بالاثنين هل قيد اتفاقى أو احترازى حموى (قوله الولاء لمن اعتق) ولو المعتق ذميا درعن الزيلعى لانهم يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد أسباب الارث اه (قوله ولو بتدبير الخ) أورد ان الولاء بالتدبير والاستيلاد كيف يكون للمولى مع انهما انما يعتقان بعد موته وأجيب بأنه يتصور فيما اذا ارتد المولى ولحق بدار الحرب حتى حكم بعتق مدبره وام ولده ثم جاء مسلما فمات مدبره وام ولده فالولاء له والاحسن أن يقال المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب ثبوته للمولى فانه المستحق له وسبب العتق منه ثم يسرى منه الى عصبته درر يعنى المتعصبين بأنفسهم كما فى الشرنبلالية قال ويتفرع على قوله فانه المستحق له قضاء ديونه ونحوها اه وأراد بنحوها تنفيذ وصاياه كما فى الدر (تتمة) قال الزيلعى ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه واعتقه الوصى بعد موته لانتقال فعل الوصى اليه (قوله وملك قريب) فان كلا منها يعنى التدبير والكتابة والاستيلاد وملك القريب اعتاق يثبت به الولاء درر قال فى الشرنبلالية وفيه تسامح لان بملك القريب يحصل العتق بلا اعتاق وكذا الاستيلاد اه (قوله هذا اذا لم يكن المعتق حربيا الخ) الظاهر أن يقرأ المعتق بصيغة اسم الفاعل بكسر التاء دل عليه قوله واما اذا اعتق حربى الخ لكن يرد عليه المسلم اذا اعتق عبده الحربى فى دار الحرب فانه لا ولاء له عليه عند ابى حنيفة خلافا لابى يوسف وقول محمد مضطرب شرنبلالية عن البدائع (قوله عبدا حربيا فى دار الحرب) قيد العبد بكونه حربيا لانه لو كان مسلما أو ذميا صح اعتاقه بالاجماع والولاء له لانه لا يسترق حموى عن البدائع والتقييد بكونه فى دار الحرب لانه لو اعتقه فى دار الاسلام صح (قوله فلا ولاء له عندهما) وله أن يوالى غيره عند ابى حنيفة لانه ما عتق بالقول وبالتخلية صح العتق فى حق زوال الملك لكنه لم يتم فى حق زوال الرق لان كون الحربى فى داره سبب لرقه ولو سبى ملكه من سباه اتفاقا لقبوله التملك حموى وطورى (قوله فالشرط باطل) لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط انه لا يرثه درر (قوله ولا ينتقل ولاء الحمل الخ) لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها والولاء لا ينتقل عن المعتق زيلعى وعلى هذا اذا أعتق الرجل امة وولدها اعتقا وولاؤهما له فان اعتق الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا للمالك الام والعتق تناوله مقصودا فلا يتبع احدا عناية قال فى تكملة فتح القدير للديرى بخلاف ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لموالى الاب لان الحمل لا يقبل هذا الولاء قصدا لان تمامه بالايجاب والقبول والجنين ليس من أهله الخ (قوله وهذا اذا ولدت لاقل الخ) كذا لو ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والآخر لاكثر منه وبينهما أقل من نصف حول ضرورة كونهما توءمين تنوير وشرحه (قوله لاكثر من ستة اشهر) لو قال لستة اشهر أو اكثر منها كما فى الدرر والشرنبلالية لكان أولى (قوله فان عتق العبد) أى قبل موت الابن

وحصول الثانى بعد الاول بغير فصل
واستحقاق الارث والنصرة ثبت بعد
العتق هنا فسمى باسم الولاء ثم علم ان
الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء
نعمة وسبب هذا الولاء الاعتاق عند
الجمهور والاصح ان سببه العتق على
ملكه وولاء الموالاة وسببه العقد
الذى يجرى بين اثنين (الولاء لمن
أعتق ولو) كان العتق (بتدبير
وكتابة واستيلاد وملك قريب) بأن
ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه مطلقا
سواء كان بمال أو بغير مال هذا اذا لم
يكن المعتق حربيا اما اذا أعتق حربى
عبدا حربيا فى دار الحرب ونحلاه اى
خرج من داره الى المسلمين ثم خرجا
مسلمين فلا ولاء له عندهما وعند أبى
يوسف الولاء له ثم المعتق لا يرث من
المعتق وقال الحسن يرث (وشرط
السائبة لغو) حتى لو أعتق وشرط
ان لا ولاء بينهما فالشرط باطل والولاء
لمن أعتق (ولو أعتق) رجل أمة
(حاملا من زوجها القن) لرجل آخر
عتقت وعتق حملها (ولا ينتقل ولاء
الحمل عن موالى الام) الى موالى الاب
(أبدا) وهذا اذا ولدت لاقل من ستة
أشهر (فان ولدت بعد عتقها لاكثر
من ستة اشهر فولاؤه لموالى الام فان
عتق العبد) فى هذه المسألة

أما بعده فلا جر حلبي (قوله جر ولاء ابنه الى مواليه) لان الولاء كالنسب والاصل فيه أن يكون للاب الا انه تعذر لرقه فاذا صار أهلا للاعتاق عاد اليه ولم يتيقن بوجوده حال اعتاق امه حتى يكون مقصودا هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق قبل الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبه العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولذا ثبت نسبه من الزوج فان قيل الولاء كالنسب وهو لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته قلنا لم ينفسخ بل حدث ولاء اقوى منه فقدم عليه كما قيل الاخ عصبة فاذا حدث من هو أولى منه بالارث لا يبطل تعصيبه ولكنه يقدم عليه ولا يجر الجد ولاء حفدة مواليه ولا يكون مسلما باسلامه لفصل الاب بينهما فلا يتبع الجد فيهما والا لما ثبت لموالي الام رأسا ولصار الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام والمعلوم خلافه حموي والاصل في جر الولاء ان الزبير ابصر فتية بكسر الفاء جمع فتى لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي قال رافع بل هم موالي فاختصما الى عثمان فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل ابيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء ولده اليه زيلعي واللعس لون الشفة اذا كانت تضرب الى السواد قليلا وذلك يستملح يقال شفة لعساء وفتية ونسوة لعس وربما قالوا نبات العس اذا كثر وكثف لانه حينئذ يضرب الى السواد والظرف الكياسة وقد ظرف الرجل بالضم ظرافة فهو ظريف وقوم ظرفاء وظراف شيخنا عن الصحاح والكيس بوزن الكيل ضد الحمق والرجل كيس أي ظريف ونحوه شيخنا عن المختار وخديج بفتح المعجمة وكسر الدال الحارثي الانصاري ذكره النووي والحرقة بضم الحاء المهملة وفتح الراء والقاف لقب لبطن من جهينة شيخنا عن خط الزيلعي (قوله سواء كانت للعرب أو للعجم) وما ذكره القدوري من وضع الخلاف في معتقة العرب اتفاقي تبيين (قوله وعند ابي يوسف حكمه حكم ابيه) لان النسب الى الاب كما اذا كان عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى وضعف الولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف لتضييعهم انسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة بالنسب بينهم والضعيف لا يعارض القوي بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لكون تناصرهم بها أي بالانساب فأغنت عن الولاء واجمعوا انهما لو كانا معتقين أو كان الاب معتقا وللام مولى موالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين أو اعجميين أو كان احدهما عجميا والآخر عربيا زيلعي ودرر ومعنى قوله اعتبرت الكفاءة فيه ان الناس يتفاخرون بالعتاقة ويعتبر ونها في الكفاءة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفؤا لمن له أبوان فيها عناية (قوله ومعتق امه) أو عصبته كذا بخط شيخنا (قوله لا لمعتق امه) اذ لا ولاء عليه لموالي الام عند ابي يوسف كذا بخط شيخنا (قوله اذا لم يترك عصبة) أي نسبية كذا بخط شيخنا (قوله يكون منسوبا الى موالي الام بالاتفاق) اعلم ان الام ان كانت حرة اصلية بمعنى عدم الرق في أصلها فلا ولاء على ولدها كما في الدرر والحاصل ان الصور خمس اربعة منها على الوفاق والخامسة على الخلاف الاولى حران اصليان لم يكن في نسبهما رقيق لا ولاء على ولدهما الثانية معتقان أو في اصلهما معتق الولاء لقوم الاب الثالثة الاب معتق أو في اصله رق والام حرة الاصل بمعنى عدم الرق في اصلها عربية كانت أو لا لا ولاء على الولد لقوم الاب الرابعة الام معتقة والاب حر الاصل أي لم يكن معتقا ولا في اصله رق فان عربيا فلا ولاء على ولده لقوم الام وان لم يكن عربيا وهي الخامسة المختلف فيها فعند ابي حنيفة ومحمد الولاء لقوم الام وعند ابي يوسف لا ولاء عليه (تتمة) ذكر في تنوير الابصار من باب الرق انه البالغ العاقل الوارث قال شيخنا تقييده بالوارث يخرج ما نبه عليه صاحب الدرر من ان الام اذا كانت حرة اصلية فلا ولاء على ولدها وعليه فمعتق الاب أو عصبته لا يلي انكاحها وتليه امها مع وجوده اه (قوله مقدم على ذوي

الارحام

(جر ولاء ابنه الى مواليه) (عجمي) حر (تزوج معتقة) لم يعتقه أحد سواء كانت للعرب أو للعجم وسواء كانت عربية أو عجمية (فولدت) منه ولدا (فولاء ولدها لمواليها وان كان له) أي العجمي (ولاء الموالاة) بأن والى رجلا عندهما وعند أبي يوسف حكمه حكم أبيه حتى لو ترك هذا الولد عمة وخالة ومعتق أمه فميراثه لوارثه عنده لا لمعتق أمه وعندهما للمعتق وانما يظهر الولاء اذا لم يترك عصبة نسبية كان الولد عربيا لانه لو لم يكن عربيا والتقييد بالعجمي اشارة الى انه لو كان الاب عربيا يكون الولد منسوبا الى قوم أبيه يكون منسوبا الى موالي الام بالاتفاق (والمعتق مقدم) في الارث (على ذوي الارحام) حتى لو أعتق رجل عبدا ثم مات المعتق وترك المعتق عمته أو خالته ونحوهما فميراث المعتق للمعتق دون العمة والخالة ونحوهما

(و) المعتق

الارحام) وعلى الرد على ذوى السهام كما سيذكر كذا بخط شيخنا واراد به ما سيأتى من قول الشارح فان كان هناك صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه أى فللمعتق الباقى بعد فرضه وحيث كان هذا الحكم اعنى كون المعتق مقدما على الرد على ذوى السهام مصرحا به فى كلام الشارح فعزوه للزيلعى حينئذ كما وقع فى كلام بعضهم غير مستحسن (قوله مؤخر عن العصبة النسبية) عملا بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فجعلنا العصبة السببية مثل النسبية عند عدمها فتتقدم العصبة السببية على من تتقدم عليه العصبة النسبية وتتأخر عمن تتأخر عنه العصبة تبيين (قوله وليس للنساء الخ) اثبت هنا الولاء للنساء فيما اعتقن ونفاه عنهن فيمن اعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن أعتقه مورثهن لان الولاء لا يجرى فيه الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق ممن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث الاترى ان النساء لا يدخلن فى العاقلة ليتحملن الدية كما تتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه الاقرب فى العصوبة وفى الاولى خلاف لابى يوسف فانه يعطى للاب السدس والباقى للابن وفى الثانية خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة بكسر التاء دون اخيها وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية معتقها بفتح التاء كجنايتها فيكون عليهم اى فيكون العقل على قوم ابيها وابن المعتقة بكسر التاء ليس من قوم ابيها وروى ان على بن ابى طالب والزبير بن العوام اختصما الى عثمان فى معتق صفية بفتح التاء بنت عبد المطلب حين مات فقال على هو مولى عمتى فانا احق بارثه لانى اعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى امى فأنا ارثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء للزبير وبالعقل على على ولو ترك المعتق بفتح التاء ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلى وابن مسعود انهم قالوا الولاء للكبر اى لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا زيلعى الاترى ان المعتق اذا مات وترك ابنين صغيرا وكبيرا ثم مات المعتق فالولاء بينهما نصفين لاستوائهما فى القرب الى الميت من حيث النسب والصلبى اقرب فيستحق الجميع عناية والكبر بضم الكاف وسكون الباء قال الجوهرى وفى الحديث الولاء للكبر وهو ان يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اه بقى ان يقال ما سبق من قول المصنف وليس للنساء من الولاء الخ قال فى الهداية بهذا اللفظ ورد الحديث عنه عليه السلام وفى آخره او جر ولاء معتقهن وتعقبه العينى بانه حديث منكر لا اصل له (تتمة) مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لها فى ظاهر الرواية ويوضع ماله فى بيت المال وبعض مشايخنا افتى بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت اولى من بيت المال وكذا البنت والابن من الرضاع كذا فى النهاية قال فى الدر وجرى عليه فى الاشباه واقره المصنف انتهى بتصرف وذكر القهستانى مانصه وعن نجم الائمة ان ذوى الارحام يرثون فى زماننا اذا لم يكن للمعتق وارث كما فى المنية اه (قوله الاما اعتقن الخ) عبر بما الموضوعة لما لا يعقل لان الرقيق بمنزلة الميت الملحق بالجماد نظيره قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ماملكت ايمانهم وبعد عتقه عبر بمن فى اواعتق من اعتقن لانه صار بالعتق حيا حكما ديرى فى التكملة (قوله او جر ولاء معتقهن) بأن زوجت عبدها بمعتقة قوم فولاء ولده لموالى امه فلو اعتقت عبدها جر ولاء ابنه الى مولاته والله سبحانه وتعالى اعلم

(فصـــل فى ولاء الموالاة) من والاه موالاة وولاء بمعنى تابعه هذا معناه لغة وشرعا ان يقول رجل غريب ليس لى عشيرة ولا ناصر فأنضم اليك والى عشيرتك حتى اعد من جماعتك فتنصرني وتدفع عنى نوائبى وان مت كان ميراثى لك فينعقد بينهما عقد موالاة ويكون بمنزلة الموصى له بجميع المال ينفذ ايصاؤه اذا لم يكن له وارث حموى عن شرح الاسبيجابى وقوله ويكون بمنزلة الموصى له بجميع المال الخ

(مؤخر عن العصبة النسبية) حتى لو أعتق رجل عبده فمات المعتق وترك ابنا أو أخا أو عصبة غيرهما وترك المعتق يرث الابن أو الاخ دون المعتق وان لم يكن له عصبة من النسب فان كان هناك صاحب فرض فله الباقى بعد فرضه وان لم يكن صاحب فرض فميراثه للمعتق قوله عن العصبة النسبية احترازا عن العصبة السببية وهو مولى الموالاة فان المعتق مقدم عليه (فان مات المولى) بعد الاعتاق (ثم) مات (المعتق) ولم يترك صاحب فرض ولا عصبة (فميراثه لاقرب عصبة المولى) اى بان مات المولى وترك ابنا وأبا يكون ميراثه للابن دون الاب عندهما وعند ابى يوسف للاب السدس والباقى للابن (وليس للنساء من الولاء الا) ولاء (ما أعتقن) بان اعتقت امرأة عبدا ثم مات ولم يترك صاحب فرض وعصبة نسبية (أو اعتق من اعتقن) بان أعتقت امرأة عبدا ثم أعتق معتقها عبدا فمات العبد المعتق ثم مات العبد المعتق وتركها فحسب فانها ترث من معتق معتقها (أو) ولاء (من كاتبن أو كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن) أو جر ولاء معتقهن

(فصـــل فى ولاء الموالاة)

يقتضى ثبوت الارث بالموالاة وان اختلف الدين وفى الدرر ما يخالفه ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترط
الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلابدّ من ذكره فى العقد وان يكون مجهول النسب وان
لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا عاقلا ويدخل فيه أولاده
الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير ومع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى كذا فى
الزيلعى ومن الشروط ان لا يكون عقل عنه بيت المال كما فى الدرر واعلم ان اشتراط كونه مجهول النسب يغنى
عما ذكره الزيلعى وغيره من شرط ان لا يكون الاسفل عربيا لان العرب انسابهم معلومة بقى ان يقال ما حكاه
الزيلعى عن بعضهم من عدم اشتراط كونه مجهول النسب يتخرج عليه ما فى الظهيرية اسلم رجل على يد
رجل ووالاه وله ابن كبير اسلم على يد رجل آخر ووالاه أيضا فولاء كل للذى والاه لان كلا ذو ولاء بنفسه
فهما كاب وابن اعتق كلا رجل قال العلامة الحموى وبهذا تبين ان كون الاسفل مجهول النسب ليس
بشرط لصحة الموالاة اه وكذا الوانى ذكر عند قول صاحب الدرر والى صبى عاقل باذن أبيه او وصيه صح
فقال من هنا يفهم ان ذكر مجهولية النسب على سبيل العادة لا على سبيل الشرطية لكن تعقبه الشيخ
شاهين فقال وفيه نظر لان المجهولية شرط فلا تثبت على معلوم النسب ولاء موالاة والصبى العاقل اذا والى
باذن أبيه او وصيه يكون ولاء الموالاة له لا عليه كما فهمه المحشى اه واقره شيخنا (قوله يتوارثان من
الجانبين) اى جاز ان يرث أحدهما صاحبه اذ حقيقة التفاعل منتفية واعلم أن صحة شرط التوارث
من الجانبين ذكر فى غير ما كتاب من غير خلاف كالجوهرة والمبسوط والخجندى ولكن نقل المقدسى عن
ابن الضياء ما نصه ولو كان رجلان ليس لهما وارث مسلم وهما مسلمان فى دار الاسلام فوالى أحدهما
صاحبه ثم والاه الآخر فعند أبى حنيفة يصير الثانى مولى الاول ويبطل ولاء الاول وقالا كل منهما
مولى لصاحبه شرنبلالية قلت فعلى هذا لو والى شخص شخصا بشرط التوارث من الجانبين بان وقع اشتراط
ذلك بكلام واحد بان قال واليتك على ان يكون التوارث بينى وبينك من الجانبين فقبل الآخر ذلك
لا يصح عند الامام بناء على ما ذكره ابن الضياء (قوله بخلاف ولاء العتاقة) حيث لا يرث الا الاعلى وقد
يرث كل منهما صاحبه باعتبار اعتاقه له كما اذا اشترى مستأمن عبدا بدار الاسلام فاعتقه ثم رجع
المستأمن الى دار الحرب فسبى فاشتراه عتيقه فاعتقه فكل منهما يكون مولى صاحبه وكذا الذمى اذا
أعتق عبده الذمى ثم هرب سيده ناقضا للعهد الى دار الحرب فسبى فاشتراه عتيقه فأعتقه فكل منهما
يكون مولى صاحبه وكذا لو ارتدت امرأة بعد اعتاق عبدها ولحقت ثم سبيت فاشتراها عتيقها فاعتقها
فاسلمت شرنبلالية (قوله ميزه بفصل) وأخره لان ولاء العتاقة اقوى ولهذا لم يختلف فى كون ولاء
العتاقة سبب الارث بخلاف ولاء الموالاة لبطلانه عند الامام مالك والشافعى (قوله أسلم رجل الخ)
ليس الاسلام بشرط فتجوز موالاة المسلم الذمى وعكسه در ومثله فى الشرنبلالية عن البدائع معللا بان
الموالاة بمنزلة الوصية بالمال (قوله آخر ذوى الارحام) معناه انه مؤخر عنهم عينى (قوله وان مات
الاعلى فميراثه الخ) أى ميراث الاسفل (قوله وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ شرعا) وبه قال مالك لقوله
تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت
ايمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير وروى عن عمر وعلى وابن مسعود
وابن عباس مثل مذهبنا ولم يرو عن غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له
ان يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع
فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يتصرف صاحبه فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه اولى من
تصرف الامام وقولهم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض قلنا الذى ورد
انها منسوخة فى حق التقديم فانهم كانوا يقدمون على أولاد الارحام فنسخ ذلك التقديم وما تمسكوا به من
قوله عليه السلام لا حلف فى الاسلام المراد به الحلف الذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم

وهو يخالف ولاء العتاقة بأشياء منها ان فى ولاء الموالاة يتوارثان من الجانبين اذا اتفقا على توريث كل واحد من صاحبه بخلاف ولاء العتاقة ومنها أن ولاء الموالاة يحتمل الفسخ قبل أن يعقل عنه وولاء العتاقة لا يحتمله ومنها انه متأخر عن ذوى الارحام وولاء العتاقة مقدم عليهم فلذلك ميزه بفصل على حدة ذا (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن قال) اى الذى أسلم (ان يرثه) اى ان مت فميراثى لك (و) على أن (يعقل عنه) اى قال ان جنيت فعقلى عليك وقبل الآخر منه (او) أسلم (على يد غيره ووالاه) اى الرجل على ما بينا (صح) العقد (وعقله على مولاه) أى ديته على الاعلى (وارثه له ان لم يكن له) أى الاسفل (وارث) نكرة فى موضع النفى فيعم جنس الورثة من أصحاب الفرائض والعصبات النسبية والسببية وذوى الارحام (وهو) اى مولى الموالاة (آخر ذوى الارحام) فى استحقاق الميراث وان مات الاعلى فميراثه لاقرب عصبات الاعلى كما فى ولاء العتاقة كذا فى الذخيرة وقال الشافعى الموالاة ليس بشئ شرعا حتى لا يورث ولا يعقل عنه

قوله فانهم كانوا يقدمون الخ عبارة الزيلعى فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على أولى الارحام انتهت فقول المحشى على اولاد الارحام صوابه على اولى الارحام كما لا يخفى اه مصححه

هدمى هدمك ودمى دمك ترثنى وأرثك فكان ذلك للتناصر على الحق والباطل ولتقديمه بالارث على القريب فخظر الاسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث زيلعى قال فى الصحاح يقال دماؤهم بينهم هدم أى هدر وهدم أيضا اذا لم يؤدوا اه وقال ابن الاثير والهدم بالسكون وبالفتح أيضا هو اهدار دم القتيل يقال دماؤهم بينهم هدم أى مهدرة والمعنى ان طلب دمكم فقد طلب دمى وان اهدر دمكم فقد اهدر دمى لاستحكام الالفة بيننا الخ (قوله وله أن ينتقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة عينى (قوله بمحضر من الآخر) كما فى عزل الوكيل قصدا فان عزل الوكيل حال غيبته مقصودا لا يصح عزمى والمراد من الحضرة العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كفى شرنبلالية عن غاية البيان بخلاف ما اذا عقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمى فلا يشترط فيه العلم كما فى الوكالة والمضاربة والشركة ونظير العزل الحكمى فى الوكالة ما لو أعتق العبد الذى وكله ببيعه عناية (قوله لم يكن للاسفل ان يتحول بولائه الى غيره) وكذا لا يتحول ولده بعدما تحمل الجناية عن أبيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد فى حكم الولاء زيلعى (قوله وليس للمعتق ان يوالى احدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض فان قلت هذا يشكل بما ذكره الشارح عند قول المصنف وارثه له ان لم يكن له وارث حيث ذكر ان الوارث يعم جنس الورثة حتى العصبة السببية ووجه الاشكال انه لا يكون له عصبة سببية الا اذا كان معتقا قلت هذا الاشكال انما يتجه ان لو كان قوله وليس للمعتق ان يوالى احدا على اطلاقه واما ان حمل على ما اذا كان المعتق او عصبته موجودا فلا (قوله ولو والت امرأة الخ) وكذا لو اقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها وتبعها ولدها عينى (قوله فولدت) اى ولدا لا يعرف له أب زيلعى (قوله وقالا لا يتبعها) لان الام لا ولاية لها فى ماله فاولى ان لا يكون لها فى نفسه وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض فى حق صغير لا يدرى له أب فتملكه الام كقبول الهبة (تتمة) قال فى المحيط لم يذكر فى الكتاب ما اذا اسلم رجل على يد حربى ووالاه وفيه خلاف قيل يصح لانه يجوز ان يكون للحربى ولاء العتاقة على المسلم فكذا ولاء الموالاة كما فى الذمى وقيل لا يصح لان فى عقد الموالاة مع الحربى تناصر الحربى وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمى واستشكله فى الدرر بان الارث لازم للولاء وقد تقرر ان اختلاف الدينين مانع من الارث اللهم الا أن يقال معناه ان سبب الارث يثبت فى ذلك الوقت لكن لا يظهر الا اذا زال المانع ككفر العصبة او صاحب الفرض مانع من الارث فان زال قبل الموت يعود الممنوع اه والمراد من قوله لم يذكر فى الكتاب مختصر القدورى فانه من الاعلام الغالبة له عند الفقهاء كما انه من الاعلام الغالبة للقرآن عند الاصوليين وكتاب سيبويه عند النحاة عزمى والله سبحانه وتعالى اعلم

(كتاب الاكراه)

(قوله المناسبة بين الكتابين من حيث الندرة) اقول فيه تأمل حموى وجه التأمل ما فهمه المحشى من ان المنظور اليه فى وجه المناسبة الولاء مطلقا وليس كذلك بل خصوص ولاء المعاقدة ولا شك فى ندرته (قوله اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده) اى لغة سواء كان له قدرة على تحقيق ما هدده به اولا وسواء خاف الفاعل وقوعه اولا وسواء كان الفاعل ممتنعا عن الفعل لحق الشرع او العبد ام لا (قوله والكره بالفتح) قال فى مختار الصحاح كرهت الشئ من باب سلم وكراهية ايضا فهو شئ كريه ومكروه والكريهة الشدة فى الحرب وقال الفراء الكره بالضم المشقة وبالفتح الاكراه يقال قام على كره اى على مشقة واقامه فلان على كره اى اكرهه على القيام وقال الكسائى هما لغتان بمعنى واحد واكرهه على كذا حمله عليه كرها وكرهت

(قوله) اى الاسفل (ان ينتقل عنه) اى عن المولى الاعلى (الى غيره بمحضر من الآخر) وهو الاعلى (مالم يعقل) الاعلى (عنه) أى عن الاسفل وكذا الاعلى أن يبرأ عن ولائه وانما قيد بقوله مالم يعقل لانه اذا عقل الاعلى عن الاسفل وتحمل جنايته عنه أو عن ولده لم يكن للاسفل أن يتحول بولائه الى غيره (وليس للمعتق) على لفظ اسم المفعول (أن يوالى أحدا ولو والت امرأة فولدت تبعها) الولد (وفيه) وقالا لا يتبعها

(كتاب الاكراه)

(المناسبة بين الكتابين من حيث الندرة والعروض وهو مصدر أكرهه اذا حمله على أمر يكرهه ولا يريده والكره بالفتح

اليه الشئ تكريها ضد حببته اليه واستكرهت الشئ اه ونقل الحموى عن المغرب بالعزو الى الزجاج ان كل ما فى القرآن من الكره بالضم فالفتح فيه جائز الا قوله تعالى فى سورة البقرة كتب عليكم القتال وهو كره لكم اه (قوله اسم منه) اى اسم مصدر حموى (قوله وفى الشرع الخ) اعلم ان الزيلعى عكس الطريقة المألوفة للمصنفين حيث ذكر المعنى اللغوى للاكراه بعد الشرعى (قوله فيزول به الرضا) اى مع بقاء اصل الاختيار لكنه ان كان الاكراه بالملجئ فسد اختياره والا فلا كما سيذكره الشارح فالحاصل ان عدم الرضا معتبر فى جميع صور الاكراه واصل الاختيار فى جميع صوره ثابت لكنه فى بعض الصور يفسد الاختيار وفى بعضها لا يفسد ولهذا قال صدر الشريعة فى التنقيح وهو اى الاكراه اما ملجئ بأن يكون بفوت النفس او العضو وهذا معدم للرضا مفسد للاختيار واما غير ملجئ بأن يكون بحبس او قيد أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار لا يقال يشكل على هذا حينئذ قوله فى الوقاية هو فعل يوقعه بغيره فيفوت به رضاه او يفسد اختياره حيث جعل قسم الشئ قسيما له لان مراده فيفوت به رضاه ولا يفسد اختياره بقرينة المقابلة فلا يكون فيه جعل قسم الشئ قسيما له كما ذكره عزمى فيسقط اعتراض صاحب الدرر وقول عزمى فى الجواب مراده فيفوت به رضاه ولا يفسد اى ان كان الاكراه بغير الملجئ او يفسد اختياره ان كان به وعلى ما فى الوقاية جرى فى النقاية واشار القهستانى الى ان فى التعريف اكتفاء حيث قال ثم الفائت به الرضا نوعان اشار اليهما بطريق الاكتفاء الخ (قوله ثم يفسد به اختياره) ان كان ملجئا بان كان بفوت النفس او العضو ثم الظاهر من كلام الشارح ان الاكراه نوعان وبه صرح فى البدائع على ما نقله السيد الحموى ونصه الاكراه نوعان نوع يوجب الالجاء كالقتل والقطع والضرب الذى يخاف منه تلف النفس او العضو قل الضرب او كثر وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها تاما ونوع لا يوجب الالجاء والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذى لا يخاف منه التلف وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا اه ولا يؤثر هذا النوع من الاكراه الا فى تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار الا ترى ان الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه لانه ينعدم به الرضا والاول يؤثر فى الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له فيما يصلح ان يكون آلة له كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح ان يكون آلة اقتصر الفعل على المكره فيصير كأنه فعله باختياره من غير اكراه وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا اكرهه على العتق يقع كأنه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو اكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بان كان قبل الدخول ولو اكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا فى حق المال شرط دون الطلاق زيلعى (قوله ولا يسقط عنه الخطاب) لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر أخرى وهو دليل الخطاب وبقاء الاهلية درر (قوله وشرطه قدرة المكره الخ) وكون الشئ المكره به تلف نفس او عضو او موجبا غما يعدم الرضا وهذا ادنى مراتب الاكراه كما سبق وهو يختلف باختلاف الاشخاص فان الاشراف يغمون بمجرد الكلام العنيف والاراذل ربما لا يغمون الا بالضرب المبرح وكون المكره ممتنعا عما اكره عليه قبله اما لحقه كبيع ماله او لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كشرب الخمر والزنى تنوير وشرحه (قوله على تحقيق ما هدد به) قال شيخنا ظاهره ان التهديد شرط وليس كذلك ولهذا قال فى الاختيار آخر الكتاب ولو أمره ولم يكرهه الا انه يخاف القتل ان لم يفعل فهو فى حكم المكره لان الالجاء باعتبار الخوف وقد تحقق اه ومثله فى منية المفتى على ما نقل عنه فى الاشباه ونصه امر السلطان اكراه وان لم يتوعده وامر غيره لا الا ان يعلم بدلالة الحال انه لو لم يمتثل امره

يقتله

اسم منه وفى الشرع (هو فعل يفعله
الانسان بغيره فيزول به الرضا) ثم يفسد
به اختياره ان كان ملجئا والا لا يفسد
ولا يزول به أهلية المكره ولا يسقط
عنه الخطاب (وشرطه قدرة
المكره على تحقيق ما هدد به)

يقتله او يقطع يده او يضربه ضربا يخاف منه تلف نفسه اوعضوه اه واعلم ان خوف تلف العضو صادق بالانملة وبه صرح فى الاختيار (قوله وخوفه) لاحاجة اليه للاستغناء عنه بقول المصنف وخوف المكره حموى (قوله وحكمه وهو الرخصة اوالاباحة اوغيرهما) ينظر المراد بغيرهما حموى واقول اراد به الفرض والحظر لان افعال المكره مترددة بين فرض وحظر واباحة و رخصة كما ذكره الزيلعى وغيره (قوله يثبت عند وجود شرطه) خبر قوله وحكمه حموى (قوله خير) يعنى بعد زوال الاكراه لان صحة هذه العقود تعتمد الرضا والاكراه يعدمه فتفسد وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق وعند الاكراه يترجح جانب الكذب عينى (قوله أو يفسخه) هذا اذا كان يحتمل الفسخ كالبيع والشراء والاجارة وصلحه وابرائه مديونه وكفيله وهبته واقراره اما مالا يحتمل الفسخ فسيأتى حكمه (قوله بحبس يوم) فيه اشارة الى ان الحبس المديد مازاد على يوم وهكذا يستفاد من عبارة العينى تبعا للزيلعى (قوله أو ضرب سوط) اوسوطين الا على العين او المذاكير كما سيصرح به (قوله والحد فى الحبس الخ) اختلف فى الاكراه بحبس الوالدين او الاولاد ففى الزيلعى لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه ومثله فى البرهان عن المبسوط قال العلامة المقدسى وهو القياس وفى الاستحسان اكراه ولا ينفذ شئ من التصرفات لان حبس أبيه يلحق به من الحزن ما يلحقه بحبس نفسه أو اكثر فالولد البار يسعى فى تخليص أبيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس فهنا فى الزيلعى ليس بمستحسن كذا فى الشرنبلالية وفى تكملة البحر للطورى عن المحيط أكره بحبس أبيه او عبده فهو اكراه استحسانا ولا فرق بين الوالدين والولد وهو المعتمد وكذا يصير مكرها بالوعيد بحبس ذى رحم محرم كما فى القهستانى (قوله ويثبت به الملك عند القبض) فلو كان المبيع عبدا فقبضه المشترى من المكره على البيع واعتقه فانه ينفذ عتقه درر وكذا التدبير والاستيلاد شرنبلالية ويلزم المشترى القيمة يوم العتق قهستانى وما سبق عن الدرر من تقييده المسئلة بقوله فقبضه المشترى الخ يشير الى ما فى القهستانى من انه لو اعتقه قبل القبض لم يصح ونصه باع مكرها والمشترى غير مكره لم يصح اعتاقه قبل القبض وأما فى العكس فينفذ اعتاق كل منهما قبله وان اعتقا معا قبله فاعتاق البائع اولى اه معزيا للظهيرية واعلم ان بيع المكره يخالف البيع الفاسد فى اربعة مواضع يجوز بالاجازة ينقض تصرف المشترى تعتبر القيمة وقت الاعتاق دون القبض الثمن والمثمن امانة فى يد المكره وفى الفاسد بخلافها شرنبلالية عن المجتبى (قوله بسبب فقدان شرطه) وهو التراضى لان الاكراه مطلقا يعدم الرضا (قوله وعند زفر لا يثبت الخ) لانه موقوف على الاجازة والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد لا التوقف وانما نفذ لارتفاع المفسد وهو عدم التراضى كسائر البياعات الفاسدة الا انه لا ينقطع حق استرداد البائع وان تداولته الايدى بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى زيلعى واعلم ان بيع الوفاء حكى الزيلعى هنا فيه اقوالا والفتوى على انه بيع جائز مفيد بعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ثم نقل عن الكافى تصحيح ان العقد الذى جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ان ذكرا شرط الفسخ فى البيع فسد البيع وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة الخ وفى الفتاوى الخيرية معزيا بالفتاوى الزاهدى ان الفتوى على ان البيع اذا أطلق ولم يذكر فيه الوفاء الا ان المشترى عهد الى البائع بعد البيع المطلق انه ان أوفى مثل ثمنه فانه يفسخ معه البيع يكون باتا حيث كان الثمن ثمن المثل او بغبن يسير اه واعلم ان المشترى وفاء اذا باع باتا أو وفاء أو وهب لا يصح واذا مات المشترى وفاء فورثته يقومون مقامه فى أحكام الوفاء كذا ذكره عماد الدين وغيره قال

وخوفه (سلطانا كان أو لصا) والذى قاله أبو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الامن السلطان فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان (و) شرطه (خوف المكره) على لفظ اسم المفعول (وقوع ما هدد به) وذا بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على مادعى اليه من الفعل وحكمه وهو الرخصة أو الاباحة أو غيرهما على ما سيأتى مفصلا ان شاء الله تعالى يثبت عند وجود شرطه (فلو أكره على بيع ماله (أو شراء) السلعة (أو اقرار) بأن أكره على أن يقول لزيد على ألف درهم (أو اجارة) بأن اكره على أن يؤجر داره (بقتل) متعلق بأكره (أو ضرب شديد أو حبس مديد) ففعل (خير بين ان يمضى البيع) أو الشراء او الاقرار أو الاجارة (أو يفسخه) بخلاف ما اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لا يكون اكراها الا اذا كان المكره صاحب عز ومرتبة يعلم أنه يستضر به لفوات الرضا قال فى المبسوط والحد فى الحبس الذى هو اكراه ما يجئ الاغتمام البين به وبالضرب الذى هو اكراه ما يحدث منه الالم الشديد وليس فيه حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه ولكن على قدر ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه (ويثبت به) أى بكل واحد من البيع والشراء ونحوهما (الملك) مطلقا سواء كان ملك عين أو ملك منفعة (عند القبض للفساد) أى يثبت عند القبض وان كان مكرها عنده لاجل فساد تمكن فى العقد بسبب فقدان شرطه وهو التراضى وعند زفر لا يثبت بلا اجازة وتراض

في الشرنبلالية وهل كذلك ورثة البائع وفاء فلينظر وينبغي ان ورثة البائع يقومون مقامه كورثة المشتري نظرا لجانب الرهن الخ قال شيخنا صرح أحمد بن يونس بانه اذا مات البائع ينقطع حكم الشرط بموته لانه بيع فيه اقالة وشرطها بقاء المتعاقدين ولانه بمنزلة خيار الشرط وهو لا يورث قال شيخنا فيقدم يعني ماذكره احمد بن يونس على مافي الشرنبلالية من قوله وينبغي الخ لانه صريح اه واعلم ان ماذكره في الشرنبلالية جرى عليه في الدر المختار واقره وقد علمت ما فيه بقي ان يقال ماذكره ابن يونس من التعليل يفيد ان الشرط ينقطع حكمه أيضا بموت المشتري وهو مخالف لصريح كلام عماد الدين فتدبر (تتمة) اختلفا في البيع والرهن فالبيع اولى در عن المنتقط قبيل باب الاختلاف في الشهادة وفيه قبيل كتاب الكفالة معزيا للمنتقط أيضا اختلفا ان البيع بات او وفاء جدا وهزل فالقول لمدعي الجد والبتات الا بقرينة الهزل والوفاء ثم استدرك عليه بماذكره في الشهادات ان القول لمدعي الوفاء استحسانا اه وفي تعارض البينات للبغدادي ذكر ما نصه اقاما البينة فالبينة بينة مدعي الوفاء اه (قوله وقبض الثمن طوعا اجازة) لوجود الرضا وان قبضه مكرها لا ينفذ لعدم الرضا ورده ان بقي في يده ولم يضمن ان هلك لانه امانة در وكذا لو سلم المبيع مكرها لا ينفذ البيع شرنبلالية بقي ان يقال مقتضى قوله وقبض الثمن طوعا اجازة ان يكون بيع المكره موقوفا وقد تقدم انه فاسد حموي (قوله كالتسليم طائعا) بخلاف ما اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة ولو سلم طائعا لان غرض المكره استحقاق الموهوب له لا مجرد لفظ الهبة والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم فكان التسليم فيها داخلا في الاكراه والاستحقاق في البيع يثبت بنفس العقد فلم يكن التسليم فيه داخلا في الاكراه فافترقا وما في العيني من قوله والاكراه في البيع يثبت بنفس العقد صوابه تغيير الاكراه بالاستحقاق كما في الزيلعي والصدقة كالهبة كما في الشرنبلالية وهذا اذا كان المكره حاضرا وقت التسليم وان لم يكن فالاكراه على الهبة لا يكون اكراها على التسليم قياسا واستحسانا شرنبلالية (قوله والبائع مكره على التسليم) قيد به لما سبق من ان التسليم طوعا اجازة (قوله ضمن قيمته) لانه قبضه بعقد فاسد فيكون مضمونا عليه بالقيمة عيني فلو ضمن أحد المشترين وقد تداولته الايدي نفذ كل شراء كان بعده ولا ينفذ كل ما كان قبله در وأفاد انه لو كان اول المشترين نفذ الجميع شرنبلالية اما اذا أجاز المكره عقدا منها نفذ الجميع يعني وان كان المجاز هو الاخير والفرق بين الاجازة والتضمين انه اذا ضمن فأخذ القيمة صار كانه استرد العين فتبطل المبايعات التي قبله بخلاف أخذ الثمن لانه ليس كاخذ العين بل اجازة فافترقا فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجازه خاصة أجيب بان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته احد البيوع تمليكا للعين من المشتري فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتر صادف ملكه فلهذا نفذ البيوع كلها باجازة عقد منها عناية وتبيين (قوله وللمكره ان يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب عيني (قوله ثم يرجع المكره على المشتري بالقيمة) لانه قام مقام البائع باداء الضمان اليه لان المضمون يصير ملكا للضامن من وقت سبب الضمان وهو الاكراه (قوله وشرب خمر) فلو من عادته شربها لا يباح له بالاكراه شربها حيث كان باقيا على عادته مصرا بخلاف ما اذا كان تاب وأقلع وعزم ان لا يعود حموي عن المقدسي (قوله وحل الاقدام) ووجب قهستاني وهو مستفاد من قول المصنف وأثم بصبره وانما أثم بصبره لانه لما أبيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اتلاف نفسه لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه ومن الاضطرار العطش اذا لم يستطع الصبر فيحل له شرب الخمر حالة الاضطرار خانية عن أبي نصر بن سلام وذكره الشارح فيما سيأتي من الاشربة في اول الكتاب لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لانه أمر يختص بمعرفته

الفقهاء

(وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم)
حال كونه (طائعا) وان هلك المبيع
في يد المشتري وهو غير مكره) على
القبض (والبائع مكره) قيمته للبائع
التسليم (ضمن) المشتري (أن
أي للبائع المكره
وللمكره) ان شاء ثم يرجع
يضمن المكره) بالقيمة وانما أو بد
المكره على المشتري لانه لو كان مكرها
ثمنه وهو غير مكره من غير تعد
وهلاك المبيع في يده أمانة كذا
لا يضمن وبه لك (ولو أكره على أكل
الصغرى (و) ميتة ودم وشرب
لحم خنزير و) لحم أو (بحبس أو
خمر) والواو بمعنى أو لم يحل) له ذلك (وحل
ضرب أو قيد (بقتل وقطع) والواو
الاقدام) ان أكره يخاف منه التلف
يعني أو ضرب أعضائه (وأثم
على نفسه أو عضو من أعضائه ان يصبر على
بصبره) أي لا يسعه ان يصبر حتى يكون
ما توعد به فان صبر حتى قتل به يكون
آثما

الفقهاء فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام اوفي دار الحرب تبين فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام عناية قال شيخنا وفي قول صاحب الدرر لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه ارشاد الى الجواب المذكور (قوله وعن أبي يوسف انه لا يأثم) لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية زيلعي (قوله لا بغيرهما) كالضرب والحبس قال في الاشباه فلو أجرى الكفر على لسانه بوعيد حبس اوقيد كفر وبانت امرأته (قوله فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأثم) لحديث عمار بن ياسر حيث ابتلي به وقال له عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان درر قال في العناية ومعنى قوله عليه السلام فعد أي الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا لان أدنى درجات الامر الاباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لان الكفر مما لا تنكشف حرمته وموضعه أصول الفقه اه ومثله في التبيين ويخالفه ما في الشرنبلالية عن غاية البيان حيث قال وهو أي قوله عليه السلام فان عادوا فعد أمر بالثبات على ما كان لا امر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى اهدنا الصراط اومعناه ان عادوا الى الاكراه ثانيا فعد أنت الى مثل ما أتيت به أولا من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالايمان اه ومثله في القهستاني (قوله ولكن يثاب الخ) لان حبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة درر مع عناية لكن قال العيني في البناية هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت وقتل حبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه صلب ولا انه اكره ولا ان النبي عليه السلام سماه سيد الشهداء (قوله بان قتله ولم يظهر منه شئ) لما سبق من قصة حبيب ولان الحرمة باقية لتناهي قبح الكفر وبقاؤها يوجب الامتناع فكان الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف أكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة لم تكن باقية للاستثناء واعترض بان اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر حالة الاكراه وانما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون الغضب منفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء كلمة الكفر عناية (قوله ولو اكره على قتل غيره) اوالزنى بامرأة بخلاف ما اذا اكرهت هي على الزنى يرخص ان اكرهت بالملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها زيلعي وبغير الملجئ لا يرخص لها أيضا لكن يسقط الحد في زناها لا زناه لان الملجئ لم يكن رخصة في حقه كما كان في حق المرأة فلا يكون غير الملجئ شبهة لدرء الحد درر ثم في كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب لها المهر لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر اظهارا لخطر المحل سواء كانت مستكرهة على الفعل اوأذنت له بذلك أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلان الاذن لها لا يحل فكان لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا عناية ولا رجوع له بالمهر على المكره (قوله فان قتله أثم) لان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما الا ان يعلم انه لو لم يقتله قتله درر قال في العزمية لا يذهب عليك ان فرض مسألة الاكراه على هذا العلم فيناقض ذلك قوله أي لا يرخص قتل مسلم ولم نجد هذه العبارة من جهة غيره اه وأقول ماذكره عزمي

وعن أبي يوسف انه لا يأثم وكذا فيما اذا أصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات في ظاهر الرواية يكون آثما خلافا لابي يوسف وفي الذخيرة فان هدد بضرب سوط أو سوطين فهو غير معتبر الا أن يقول لاضربن على العين أو على المذاكير فالحاصل انه لا تقدير في الضرب بالرأي لاختلاف أحوال الناس في تحمل المشاق فالمرجع فيه الى غالب رأي المكره فان وقع في غالب رأيه انه لا يتلف شئ منه لا يصير ملجئا والا يصير ملجئا فتثبت به الاباحة كذا في الاصل (و) لو اكره (على الكفر) بالله أو سب النبي عليه السلام نعوذ بالله منه (واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما) كالضرب والحبس (يرخص) له اظهار كلمة الكفر واتلاف ماله فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا يأثم والتقييد بمال مسلم يفيد ويجعل احترازا عن مال الحربي فانه مباح لكن الاكراه على الاتيان بالمباح لا يكون اكراها وأما الذمي فكالمسلم (و) لكن (يثاب) المكره (بالصبر) على الكفر واتلاف النفس بان قتله ولم يظهر منه شئ (و) أما اذا لم يصبر وأتلف المال فللمالك ان يضمن المكره على لفظ اسم الفاعل (و) لو اكره (على قتل غيره بقتل لا يرخص) الاقدام (فان قتله اثم) فيما اذا اكره

يبتنى على مافهمه من ان الاستثناء فى كلام الدرر بالنسبة لمسئلة الاكراه وليس كذلك بل هو مستثنى من التعليل الذى ذكره وهو ان قتل المسلم لا يستباح لضرورة ما يعنى لا يستباح قتل المسلم لضرورة ما الا اذا كان بطريق الدفع بان صال عليه وعلم انه لو لم يقتله قتله فحينئذ يباح قتله دفعا عن نفسه هذا هو المراد فلا تعلق للاستثناء بمسئلة الاكراه قال فى الشرنبلالية وفى الحصر تسامح لانه يقتله باخراجه للسرقة اذا لم يلقها بالصياح عليه وباتيانه حليلته اه (قوله هذا اذا كان محقون الدم) وان لم يكن مسلما بان كان ذميا شرنبلالية وينبغى ان يكون المستأمن كالذمى (قوله كذا فى تجنيس الناصرى) تقييده بالناصرى للاحتراز عن تجنيس المرغينانى صاحب الهداية (قوله وسعه ان يقطع يده) فيه نظر فقد صرح الزيلعى بانه لو اكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لا يرخص له قتل نفسه راجع باب حد السرقة كذا بخط السيد الحموى لكن نقل شيخنا عن الزيلعى ما نصه وان اكره على ان يقطع يد رجل فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند ابى يوسف عليهما الدية فى مالهما لان فى قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مالا ضرورة اه (قوله ويقتص من المكره) ولو سلطانا قال فى العناية وأما وجوب القصاص ففيه اربعة اقوال بحسب القسمة العقلية فانه اما أن يجب على المكره والمكره جميعا او لا يجب على واحد منهما او يجب على المكره وحده او على العكس والاول قول الشافعى والثانى قول ابى يوسف والثالث قول ابى حنيفة ومحمد والرابع قول زفر (قوله على لفظ اسم الفاعل) اطلقه وهو مقيد بما اذا كان عمدا كما فى الدرر والتنوير زاد فى الدرر ان يكون المكره بالكسر مكلفا ولهذا قال فى العناية ولو كان الآمر صبيا او مجنونا لا يجب القصاص على احد اه ولا يشترط لوجوب القصاص على المكره بكسر الراء كون المكره بفتحها عاقلا بالغا ومن هنا سها صاحب النهاية حيث عزى للمبسوط ان المكره بكسر الراء يقتص وان لم يكن مكلفا وليس كذلك وانما هو بالنسبة للمكره بفتح الراء ديرى عن معراج الدراية (قوله وعند ابى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما) لان القتل بقى مقصورا على المكره من وجه حتى اثم اثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فتمكنت الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص فتجب الدية ولا تحملها العاقلة لانه عمد زيلعى وعينى وقوله فتجب الدية أى فى مال الآمر ولا شئ على المأمور الا الاثم ويعزر حموى (قوله وقال زفر يجب على المكره) لانه هو المباشر حقيقة وحكما عينى (قوله وقال الشافعى يجب عليهما) اما المكره فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبيب منه الى القتل حيث احدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب القصاص عنده زيلعى (قوله وعلى اعتاق وطلاق الخ) ولو حكما حتى لو اكره ان يجعل الطلاق والعتق بيد الزوجة والعبد او غيرهما فانه يصح طلاق المفوض اليه وعتقه قهستانى ولو اكره على التوكيل بهما فأوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا تصح الوكالة لانها تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر فى الوكالة لكونها من الاسقاطات فينفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما تلف عليه استحسانا زيلعى (قوله وقع العتق والطلاق) وكذا النكاح لكن ما زاد على مهر مثلها لا يلزمه قهستانى لان هذه العقود تصح عندنا قياسا على صحتها مع الهزل وعند الشافعى لا تصح وكذا لو اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتى هزلهن جد ولا يرجع بما لزمه لانه لا مطالب له فى الدنيا وكذا لو اكره على اليمين او الظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا لو اكره على الرجعة أو الايلاء درر فان قربها او كفر لم يرجع على المكره بشئ لانه اتى بضد ما اكرهه عليه عناية ولو بانت بعد مضى اربعة اشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع

هذا اذا كان محقون الدم وان كان مباح الدم فأكرهه على قتله لا يكون اكراها وبالترك يكون آثما كذا فى تجنيس الناصرى وانما قال على قتل لانه لو قال السلطان لرجل اقطع يد فلان والا قتلتك وسعه أن يقطع يده (ويقتص من المكره) على لفظ اسم الفاعل (فقط) أى دون المكره عندهما وعند أبى يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما وقال زفر يجب على المكره دون المكره وقال الشافعى يجب عليهما (و) لو اكره (على اعتاق) عبده (وطلاق) امرأته (ففعل وقع) العتق والطلاق عندنا

على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق او يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها المال لان المال لا يلزم بدون الرضا زيلعي فان قيل ان خالعها وهي غير ملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط او لا قلنا ان كان الزوج ساق المهر اليها كله رجع على المكره بنصفه اتفاقا اما عندهما فظاهر لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند ابي حنيفة فلانه وان اوجب البراءة لكنها ابراءة مكره والبراءة مع الاكراه لا تصح وان لم يسق رجع عندهما خلافا له لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة عناية (قوله وقال الشافعي لا يقعان) وبه قال الامام مالك (قوله ولكن رجع على المكره بقيمته) اذا أكرهه بالملجئ قهستاني بخلاف ما اذا اكرهه على ان يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق حصل باعتبار صنع من جهته وان اكرهه على ان يعلقه بفعله الذي لا بد منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او اكلت او شربت ثم فعل عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجئا ولو اكرهه على ان يكفر ففعل لم يرجع لانه امره بالخروج عن حق لزمه فكان حسبة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته اذ لم يجب عليه عتق عبد معين عن الكفارة فصار بالاكراه عليه متعديا بخلاف الاول لانه امره بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزيه هنا عن الكفارة ثم الاكراه على الاعتاق وان انتقل الى المكره من حيث الاتلاف لكنه يقتصر على المأمور من حيث التلفظ حتى كان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما اعتق كما في اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكره من حيث الاتلاف دون الزكاة حتى تحرم كذا هذا زيلعي مع عناية (قوله ولا سعاية على العبد) لانها انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض او لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وعليه دين او لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا زيلعي (قوله فلا يرجع المكره الخ) لان الضمان وجب بفعله فلا يرجع به على غيره زيلعي (قوله ونصف مهرها) فلو كان الاكراه منها بالملجئ لم يكن لها عليه شيء قهستاني (قوله ان لم يطأها) ولو حكما بأن لم يخل بها قهستاني (قوله لم تبن زوجته) لعدم الحكم بالردة لانها تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو نوى ان يكفر يصير كافرا وان لم يتكلم به والاكراه دال على عدم تغير الاعتقاد واما لو اكره على الاسلام يصير مسلما بلا قتل لو رجع يعني اذا اسلم بالاكراه ثم رجع عنه لا يقتل لتمكن الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره اصليا فلا يكون مرتدا درر (فروع) صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباعه صح لعدم تعيينه والحيلة ان يقول من اين اعطي ولا مال لي فاذا قال الظالم بع كذا وكذا فقد صار مكرها بزازية * خوفها الزوج بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح وان هددها بطلاق او تزوج عليها أو تسر فليس باكراه خانية * قيل له اما ان تشرب هذا الشراب او تبيع كرمك فهو اكراه ان كان شرابا لا يحل وكذا الزنى وسائر المحرمات قنية * اكره على اكل طعام نفسه ان جائعا لا رجوع وان شبعان رجع بقيمته على المكره تنوير وشرحه واما لو اكره على اكل طعام الغير فالضمان على المكره لا الآكل وان كان جائعا لان الاكراه على الاكل اكراه على القبض وكما قبضه المكره صار قبضه منقولا الى المكره فكان المكره قبضه بنفسه حتى صار غاصبا ثم مالكا للطعام بالضمان ثم آذناله بالاكل فلا يضمن الآكل كذا في شرح المنار للشيخ زين وابن فرشته وفي شرح التنوير عن الوهبانية ما نصه

وان يقل المديون اني مرافع * لتبرئ فالاكراه معنى مصور
وصح في الاستحسان اسلام مكره * ولا قتل ان يرتد بعد ويجبر

وقال الشافعي لا يقعان ولو اكره على الاقرار بالطلاق فأقر لا يصح اقراره والفرق ان ما فات بالاكراه هو الرضا وانه ليس شرطا لصحة الطلاق دل عليه الهازل والفائت بالاكراه هو الرضا باعتبار الاقرار لان الاقرار خبر والخبر انما يقبل ويعتبر اذا ترجح صدقه على كذبه ولا رجحان عند سلب الرضا به يؤيد هذا الفرق ان المكرهة على الارضاع اذا ارضعت ثبت حكمه والمكرهة على الاقرار بالرضاع اذا اقرت لا يصح اقرارها كذا في القاعدي (و) لكن (رجع) على المكره (بقيمته) مطلقا سواء كان موسرا او معسرا ولا سعاية على العبد فلا يرجع المكره على العبد بالضمان (ونصف مهرها) اي رجع الزوج على المكره (ان لم يطأها) والمهر المسمى وان لم يكن مسمى يرجع بالمتعة وان وطئها لا يرجع عليه بشيء (و) لو اكره (على الردة) والعياذ بالله تعالى فأظهره المكره (لم تبن زوجته)

قوله لتبرئ ظاهره انه علة للمرافعة ولا يصح لان المعنى ان لم تبرئني ارافعك فالعلة عدم الابراء ويمكن جعله علة لقوله وان يقل لكن كان الظاهر ان يقول ليبرئ بضمير الغائب تأمل كذا في رد المحتار

(كتاب الحجر)

(قوله من العوارض التى تزيل سبب الولاية الخ) الظاهران يقال من العوارض التى تسلب الولاية كما فى العناية ونصه أوردالحجر عقب الاكراه لان فى كل منهما سلب ولاية المختار عن الجرى على موجب اختياره الأان الاكراه لما كان اقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح و ولاية كاملة كان احق بالتقديم (قوله ثم الحجر فى اللغة المنع مطلقا) أى منع كان زيلعى (قوله لانه يمنع عن القبائح) ومنه قوله تعالى هل فى ذلك قسم لذى حجر أى لذى عقل تبين (قوله المانعة للتعرض) اى المانعة من التعرض له حموى (قوله قولا لافعلا) لان الحجر لايتحقق فى افعال الجوارح وسره ان اثر التصرف القولى لايوجد فى الخارج بل امر يعتبره الشرع كالبيع ونحوه فاذالم يوجد فى الخارج جازان يعتبرعدمه بخلاف التصرف الفعلى الصادرعن الجوارح فانه لما كان موجودا خارجالم يجزاعتبارعدمه كالقتل واتلاف المال والا كان سفسطة درر أى دخولا فى اعتقاد السوفسطائية بفتح السين وانكارالحقائق الاشياء لانهم يزعمون انها أوهام وخيالات وسوفسطا كلمتان الاولى سوفا ومعناه الحكمة والعلم والثانية اسطا بكسرالهمزة أى المزخرف ومنه اشتقت السفسطة كما اشتقت الفلسفة من فيلاسوفات أى محب الحكمة كذا بخط شيخنا (قوله لصغرالخ) وقع فى المتن الذى شرح عليه العينى والزيلعى بصغر بالباء قال العينى أى بسبب صغر فى الصبيان ورق فى العبيد وجنون فى المجانين والرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأى كالحرغيرانه ومافى يده ملك المولى فلايجوزله ان يتصرف لاجل حقه اهـ ثم الحجر بسبب هذه الثلاثة اعنى الصغروالرق والجنون متفق عليه والحق بها ثلاثة أخرى المفتى الماجن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس وهذا أيضا بالاتفاق كما فى الشرنبلالية عن النهاية وليس المراد بالحجر فى المفتى ونحوه حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعى الذى يمنع نفوذ التصرف ألاترى ان المفتى لوافتى بعد الحجر واصاب فى الفتوى جاز ولوافتى قبله وأخطأ لايجوز وكذا الطبيب لوباع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل انه ماارادحقيقة الحجر بل المنع لان المفتى يفسد اديان الناس والطبيب اجسادهم والمكارى اموالهم شلبى والمفتى الماجن هوالذى يعلم الناس الحيل الباطلة كارتداد المرأة لتفارق زوجها والرجل لتسقط الزكاة ولايبالى ان يحلل حراما ويحرم حلالا كما فى الجوهرة أو يفتى عن جهل كما فى الخانية وليس المراد مطلق الحيل بل بقيدان يؤدى الى الضرر كما فى القهستانى والطبيب الجاهل ان يسقى الناس دواء مهلكا والمكارى المفلس ان يكرى ابلا وليس له ابل ولامال يشتريها به واذاجاء اوان الخروج يخفى نفسه وفى منية المفتى من لقن انسانا كلمة كفر كفر الملقن وان كان على وجه اللعب وقال ابن المبارك من امرالمرأة ان ترتدحتى تبين من زوجها فهو كافر وان لم يكفر المأمور اهـ وقوله وان لم يكفر المأمور يعنى بأن لم يمتثل امره (قوله فلايصح تصرف صبى الخ) أى لاينفذ فالمراد من عدم الصحة عدم النفاذ لاعدم الانعقاد بقرينة قوله بلا اذن ولى قيد الصبى بكونه عاقلا لانه لولم يكن عاقلا بان كان غير مميز فان تصرفه لاينعقد حتى لاينفذ بالاجازة وكذا يقال فى العبد ان كان مميزا نفذ باذن سيده وان لم يكن مميزا لاينفذ ولو بالاذن لعدم انعقاده ابتداء ووجه عدم صحة التصرف ماذكره العينى حيث قال اما الصبى فلانه عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص فيحتمل فيه الضرر فلايجوز الااذا اذن له الولى فيصح حينئذ لترجيح جانب المصلحة واما العبد فلان منعه لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف باهليته ان كان عاقلا بالغا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير اهـ لكن يستثنى من توقف نفاذ تصرف الصبى على اذن وليه ما اذا كان تصرفه بطريق الوكالة عن غيره كما فى الجوهرة حيث قال وتصح عبارة الصبى فى مال غيره وطلاق غيره وعتاق غيره اذا كان وكيلا اهـ (قوله كما لوقالوا) اى كما قال شراح كلام المصنف وهو يتعلق بقوله المراد بالمجنون الخ لابقوله الذى لايفيق أصلا كما يتوهم

(قوله

(كتاب الحجر)
المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما
من العوارض التى تزيل سبب الولاية
والرضا ثم الحجر فى اللغة المنع مطلقا
ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من
الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنع
عن القبائح ويقال فلان فى حجر غيره
اى تربيته المانعة للتعرض وفى الشرع
(هو منع عن التصرف قولا لافعلا
لصغر ورق وجنون فلا يصح تصرف
صبى) يعقل البيع والشراء لان
تصرف صبى غير عاقل لايجوز اصلا
(وعبد بلا اذن ولى وسيد) فيه لف
ونشر الاول بالاول والثانى بالثانى
(ولا تصرف المجنون المغلوب بحال)
قوله بحال يجوز ان يتعلق بقوله
المغلوب فحينئذ معنى الكلام لايصح
تصرف المجنون المغلوب بحال دون
حال اذا تصرف فى حالة الجنون سواء
اذن له الولى اولم يأذن ويجوز ان
يتعلق بقوله لايصح فحينئذ معنى
الكلام لايصح بحال سواء اذن له
الولى اولم يأذن اذا تصرف فى هذه
الحالة وعلى التقديرين المراد بالمجنون
المغلوب الذى يجن ويفيق وهو
المعتوه لا الذى لايفيق اصلا كما قالوا

(قوله ليكون مرجع الضمير فى قوله ومن عقدمنهم الخ) هذا ظاهر فى ان تصرف المجنون حالة الافاقة يتوقف نفاذه على اجازة الولى وهو ظاهر مافى الدرر أيضا لكن تعقبه فى الشرنبلالية بان هذا فى تصرف صدر منه حال عدم افاقته واما تصرف وجد منه حال افاقته فهو فيه كالعاقل كما فى الزيلعى اه (قوله على نهج الخ) النهج بالسكون الطريق الواضح مثل المنهاج غاية (قوله وهو المعتوه) حكمه حكم الصبى العاقل فى تصرفاته و فى رفع التكليف عنه شرنبلالية والمعتوه اختلفوا فى تفسيره وأحسن ماقيل فيه كما فى العينى هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون (قوله وكلاهما داخل تحت قوله ومجنون) فيه تأمل حموى (قوله فيكون مرجع الضمير) الذى هو الصبى والرقيق والمعتوه مذكورا ضمنا لشمول قوله ومجنون له أى للمعتوه شيخنا (قوله وهو يعقله) أي يعقل العقد بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له و يعلم الغبن الفاحش من اليسير و يقصد به تحصيل الربح والزيادة عينى (قوله يجيزه الولى أو يفسخه) فان قيل هذا فى البيع مستقيم وأما فى الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشترى قلنا انما ينفذ على المشترى اذا وجد نفاذا كشراء الفضولى وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية اولتضرر المولى فيتوقف الكل زيلعى واعلم ان شراء الفضولى على وجوه الاول ان يقول البائع بعت هذا من فلان وقال الفضولى اشتريت لفلان أو قبلت لفلان أولم يقل لفلان فانه يتوقف الثانى لوقال بعت منك وقال الفضولى قبلت أوقال اشتريت ونوى بقلبه لفلان ينفذ بالاتفاق على المشترى ولا يتوقف الثالث اذا قال الفضولى اشتريت هذا لفلان وقال البائع بعت فالصحيح انه لا يتوقف بلا خلاف الرابع اذا قال بعت منك هذا لاجل فلان فقال المشترى اشتريت أو قبلت أوقال اشتريت هذا لاجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف كذا فى غاية البيان (قوله فالولى والمولى بالخيار) جعل فى الدراية الولى شاملا للعصبات وخصه ابن فرشته فى شرح المجمع بالقاضى ومن له ولاية التجارة فى مال الصغير كالاب والجد والوصى فلا يجوز باذن الاخ والعم والام وأجاب المقدسى بحمل هذا التعميم على ما اولى فعله كالنكاح فتصح اجازته من الاخ والعم حموى (قوله لدفع الاشتباه) علة لصحة اطلاق الجمع وارادة التثنية حموى والاشتباه هو جمع الضمير العائد على مثنى بناء على ان المراد بالمغلوب الذى لا يفيق أصلا كما مر فان فى اعتباره فى مرجع الضمير اشتباها لما ان الواقع ان تصرفه لا يصح بحال شيخنا قلت و بهذا الاحتمال جزم العينى حيث قال ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال من الاحوال ولو اجازه لولى لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له (قوله فان أتلفوا الخ) أى الصبى والرقيق والمحجور لما علم انه لا حجر فى أفعال الجوارح ولذا قال فى الاشباه الصبى المحجور مؤاخذ بافعاله فيضمن ما أتلفه من المال للحال واذا قتل فالدية على عاقلته الافى مسائل لو أتلف ما اقترضه و ما أودع عنده بلا اذن وليه وما اعيرله وما بيع منه بلا اذن و يستثنى من ايداعه ما اذا اودع صبى محجور مثله وهو ملك غيرهما فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ در (قوله ضمنوا) لما مر انه لا حجر فى افعال الجوارح لان اعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فان النائم ولو ابن يومه اذا انقلب على مال انسان وأتلفه ضمن وان عدم القصد لكنه لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يطالب بالاداء الا اذا استيقظ درر وعناية واعلم انه يشكل على قولهم لا حجر فى أفعال الجوارح الرقيق فان الرق مانع من نفاذ فعله للحال الا ان يقال الاصل فيه ذلك الا انه أخرعنه لقيام المانع كذا فى الدر وقوله فان الرق مانع من نفاذ فعله للحال الخ يفيد انه اذا أتلف شيئا لا يضمنه للحال بل بعد العتق لكن فى تكملة فتح القدير للديرى ذكر ان ابن يومه اذا انقلب على قارورة انسان فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال وكذا العبد والمجنون اذا أتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال وكذا ذكر الطورى فى تكملة البحر ان الصبى والمجنون والعبد اذا استهلكوا مالا ضمنوه فى الحال انتهى ومعنى كون العبد يلزمه الضمان للحال ان المولى يلزم بأحد أمرين اما الدفع أو الفداء فان قلت فى ايجاب الضمان للحال على الصغير ولو ابن

ليكون مرجع الضمير فى قوله ومن عقد منهم وهو يعقله مذكورا ولان الذى لا يفيق اصلا هو مسلوب العقل لا المغلوب اونقول المجنون على نوعين مجنون مغلوب وهو الذى اختلط عقله بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل الا نادرا وتصرفه لا يصح بحال وغير مغلوب وهو الذى يختلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء ومرة لا وهو المعتوه وكلاهما داخل تحت قوله ومجنون فيكون مرجع الضمير مذكورا ضمنا (ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولى او يفسخه) اى من باع من هؤلاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع والشراء و يقصده فالولى والمولى بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخ والمراد بقوله منهم الصبى والعبد والمجنون الذى يختلط كلامه او الصبى والعبد بطريق اطلاق الجمع وارادة التثنية كما قيل لدفع الاشتباه والمراد بقوله عقد عقد دائر بين المنفعة والمضرة والتصرفات ثلاثة انواع ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه وان اذن له الولى ونافع محض كقبول الهدية والصدقة فيملكه بغير اذنه ودائر بين النفع والضر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن قوله وهو يعقله احتراز عن الصغير والمجنون اللذين لا يعقلان والمراد بقولنا يقصده انه يقصد اثبات حكمه وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه (فان اتلفوا شيئا) من نفس او مال (ضمنوا) هذا تفريع على قوله لا فعلا (ولا ينفذ اقرار الصبى والمجنون) مطلقا اى

يومه اذا انقلب على قارورة فكسرها مخالفة لما قدمناه من ان الضمان وان وجب عليه لكن لا يخاطب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر الخ قلت الظاهر ان ماسبق مفروض فيما اذا لم يكن له مال وما هنا يحمل على ما اذا كان له فلا تخالف (قوله لا بمال ولا بحد الخ) لان ذلك قول والقصد شرط اعتباره ليكون موجودا بصورته ومعناه ولا معنى الا بالقصد والعقل ولا عقل لهما بخلاف الفعل فانه حسى لا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعى كالحد لم يعتبر الا من حيث انه اتلاف فيضمن حموى (قوله ولا بالطلاق والعتاق) لان اعتبار الاقوال بالشرع والاقرار يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن رده نظرا لهما درر (قوله وينفذ اقرار العبد فى حقه) لقيام الاهلية درر (قوله لا فى حق سيده) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته وكسبه وكلاهما اتلاف ماله درر (قوله لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى فاذا أعتق زال المانع عينى (قوله لزمه فى الحال) لانه بقى على أصل الحرية فى حقهما فينفذ اقراره بهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضى ان لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقى على أصل الحرية فى حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار لعبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضى ان يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص (قوله لا بسفه) مراده اذا بلغ عاقلا ثم سفه أما اذا بلغ سفيها فقد ذكر فى الذخيرة انه يمنع مالم يبلغ خمسا وعشرين سنة نهاية وهذا هو محل ما نقله السيد الحموى عن الطريقة البرهانية حيث قال واجمعوا انه يمنع عنه المال الى ان يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا فقال الامام لا يمنع عنه ماله بعد ذلك وقال ابو يوسف ومحمد يمنع عنه ماله مادام السفه قائما انتهى (قوله وقال ابو يوسف ومحمد الخ) ظاهر هذا ان مذهب محمد كمذهب ابى يوسف وليس كذلك لان محمدا يقول بمجرد السفه يصير محجورا بخلاف ابى يوسف فانه يقول يوقف حجره على حجر القاضى كما فى الشرنبلالية وعبارة القهستانى لا يصير السفيه محجورا عند ابى يوسف الا بالقضاء ولا يصير مطلقا الا باطلاق القاضى وعند محمد يحجر بدون الحجر وينطلق بترك السفه كما فى الكرمانى وغيره الخ واعلم ان المحجور عليه بالسفه على قولهما المفتى به كالصغير فى جميع الاحكام الا فى النكاح والطلاق والعتاق والاستيلاد والتدبير ووجوب الزكاة والحج والعبادات وزوال ولاية ابيه وجده وفى صحة اقراره بالعقوبات وفى الايقاف وفى صحة وصاياه بالقرب من الثلث فهو فى هذه كالعاقل وقوله الا فى النكاح اى بقدر مهر مثلها ويبطل الفضل عندهما لا عنده والمريض اذا تزوج كانت الزيادة على مهر المثل معتبرة من الثلث بخلاف السفيه حيث لا تعتبر الزيادة عندهما اصلا ديرى وحكم السفيه فى الكفارة كالعبد فلا يكفر الا بالصوم حتى لو حلف وحنث او نذر نذرا من هدى او صدقة او ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر امواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله ولو اعتق عن الكفارة صح عتقه ولا يجزيه عنها وان جنى فى احرامه فان كانت جناية يجوز فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كانت جناية لا يجزى فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير للحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا زيلعى واشباه وقال الزيلعى يحجر بالسفه فى تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه فى غيرها كالطلاق ونحوه فكلام الزيلعى وتبعه العينى صريح فى ان الهبة لا تصح مع الهزل خلافا لصاحب الاشباه (تتمة) ادعى الرشد وادعى خصمه بقاءه على السفه وبرهنا ينبغى تقديم بينة السفه اشباه واعلم ان الحجر بالسفه يعم جميع الاموال وبالدين يخص المال الموجود حتى ينفذ تصرفه فى مال حدث بعده قهستانى (قوله بخلاف موجب الشرع) او العقل ولو فى الخير كان يصرفه فى بناء المساجد ونحو ذلك تكملة الديرى (قوله ومن عادته التبذير والاسراف) اى السفيه كذا ذكره السيد الحموى

لان

لا بمال ولا بحد من الحدود ولا بالطلاق
والعتاق وينفذ اقرار العبد فى حقه
لا فى حق سيده فلو اقر) العبد (بمال)
على نفسه (لزمه بعد الحرية ولو اقر بحد
او قود لزمه فى الحال لا بسفه) اى الحجر
منع عن التصرف بصغر لا بسفه وقال
ابو يوسف ومحمد وهو احد قولى الشافعى
يحجر بالسفه والسفه الخفة والسفيه الذى
فى عقله خفة وقيل السفه هو العمل
بخلاف موجب الشرع اتباعا للهوى
وترك مايدل عليه الحجى ومن عادته
التبذير والاسراف فى النفقة وان
يتصرف تصرفات لا لغرض او لغرض
لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا
مثل دفع المال الى المغنى والمغنيات
وشراء الحمامة الطيارة بثمن غال
والغبن فى التجارة من غير

محجدة (فان بلغ) الصبي (غير رشيد) ومعنى الرشد ان ينفق المال فيما يحل ويمسك عما يحرم ولا يتصرف فيه بالتبذير والاسراف (لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ) غير الرشيد (خمسا وعشرين سنة) وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق منه على ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى الارحام الا ان القاضى يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى المساكين ولكن يبعث معه أمينا ليدفع الى المساكين بحضرة من أمينه ليصرفها الى مستحقها ولو أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولكن يسلم القاضى النفقة الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى طريق الحج ولو أراد عمرة واحدة لا يمنع منها استحسانا (ونفذ تصرفه قبله) أى تصرف (على منلامسكين) غير الرشيد قبل الاجل المذكور وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يدفع اليه أبدا حتى يؤنس أى يعلم منه رشده ويجوز تصرفه فيه (ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة) أى خمسا وعشرين سنة حال كونه (مفسدا) عنده خلافا لهما وانما قيد بقوله غير رشيد لانه لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع عنه المال عند أبى حنيفة (وفسق) عطف على قوله لا سفه أى لا يمنع بفسق مطلقا سواء كان مصلحا لماله أو مفسدا له وعند أبى يوسف ومحمد اذا كان مفسدا لماله يحجر عليه ثم الفسق الاصلى والطارئ سواء فالاصلى أن يبلغ فاسقا والطارئ أن يبلغ عدلا ثم يفسق وقال الشافعى يحجر عليه (وغفلة) أى لا يحجر بغفلة وهو أن لا يكون مفسدا ولكنه سليم القلب لا يهتدى الى التصرفات الرابحة ويغبن فى التجارات وعندهما وهو قول الشافعى يحجر عليه (ودين وان طلب غرماؤه) أى غرماء المديون (وحبس ليبيع) المديون (ماله فى دينه فلو) كان (ماله ودينه دراهم قضى) القاضى بأخذه (بلا أمره) اجماعا (ولو) كان (دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع) الدنانير فى الاول والدراهم فى الثانى فى (دينه) استحسانا عند أبى حنيفة (ولم يبع) القاضى (عرضه وعقاره) فى قضاء دينه ولكن يحبس أبدا حتى يقضى دينه وقالا يبدأ القاضى فى البيع فى الدين بالنقود ثم بالعروض ثم بالعقار وقيل يبدأ القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ويترك دست من ثياب بدنه ويباع الباقى وعلى هذا المسكن وقيل دستان لئلا يقعد فى خلال بيته ملوما محسورا اذا غسل ثيابه ثم اذا باع القاضى ماله أو أمر أمينه به كان العهدة على المديون لا على القاضى وأمينه حتى لو استحق المبيع يرجع بالثمن على المطلوب كذا فى شرح الطحاوى (وافلاس) أى ولا يحجر بافلاس عند أبى حنيفة خلافا لهما (فاذا أفلس مبتاع) أى مشترى (عين) أى ان صار ذا افلاس أو دخل فى الافلاس وعندهما متاع لرجل بعينه ابتاع المفلس ذلك المتاع من الرجل المعين

لان النسخة التى كتب عليها لا وجود لذكر السفيه فيها (قوله محجدة) بوزن منزلة كذا بخط شيخنا (قوله ولو اراد عمرة الخ) لانها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا (قوله ونفذ تصرفه قبله) اى فى البيع والشراء حتى لو باع شيئا من ماله صح ويأمر القاضى وصيه بدفعه الى المشترى وان اشترى شيئا يأمره ايضا بدفع الثمن اليه قال فى الجوهرة ولا يقال كيف يجوز تصرفه فيه وهو ممنوع من قبضه لان مثل ذلك لا يمتنع الا ترى ان المبيع فى يد البائع يمنع المشترى من قبضه قبل تسليم الثمن ولو اعتقه جاز انتهى (قوله ويجوز تصرفه فيه) صوابه ولا يجوز تصرفه فيه كما فى الدرر حموى (قوله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة الخ) اى وجوبا حتى لو منعه بعد طلبه ضمن وقبل طلبه لا ضمان شرح التنوير (قوله خلافا لهما) ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا دفع اليه المال بعد ما بلغ هذه المدة مفسدا لا يضمن الوصى بالدفع اليه عنده خلافا لهما ومافى الاشباه من قوله ولو دفع الوصى المال الى اليتيم بعد بلوغه سفيها ضمن وان لم يحجر عليه معناه لو بلغ سفيها فدفع الوصى المال اليه قبل بلوغه خمسا وعشرين سنة (قوله اى لا يمنع بفسق مطلقا) سواء كان مصلحا لماله او مفسدا حاصل هذا ان الامام لا يرى الحجر بالفسق مطلقا خلافا لهما اذا كان مفسدا لماله فالمصلح لماله لا يحجر عليه وان كان فاسقا بالاتفاق وكذا المفسد لماله عنده خلافا لهما وهذا هو المصرح به فى عامة الكتب فما فى الدرر من قوله وعندهما وعند الشافعى يحجر على الفاسق زجرا له مخالف لعامة الكتب ولذا قال عزمى وهو فى ذلك مطالب بتصحيح النقل والصواب ما يجئ بعد حيث قال الرشد عندنا هو الرشد فى المال فاذا بلغ مصلحا لماله لا يحجر عليه ولو فاسقا وعند الشافعى فى الدين أيضا انتهى وغير خاف انه يمكن حمل كلام الدرر على ما اذا كان الفاسق مفسدا لماله فلا حاجة للتصويب ولا يأبى صحة هذا الحمل ذكر الشافعى مع الصاحبين وان كان مذهبه الحجر على الفاسق مطلقا وان لم يكن مفسدا لماله فتدبر (قوله عند أبى حنيفة) وكذا عندهما فلا خلاف بينهم كما يوهمه كلامه أما عندهما فظاهر وأما عند أبى حنيفة فاستحسان والقياس ان لا يجوز للقاضى بيعه كالعروض وجه الاستحسان انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة مختلفان فى الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه لا يجرى بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الاعراض تتعلق بصورها وأعيانها اما النقود فوسائل لان المقصود منها المالية دون العين فافترقا زيلعى (قوله وقالا يبدأ القاضى فى البيع الخ) والفتوى على قول الصاحبين ان القاضى يبيع على المديون العرض ثم العقار ان امتنع من البيع بنفسه كذا فى الاختيار وغيره والخلاف فيما اذا كان حاضرا وأما اذا كان غائبا فلا يملك القاضى بيع عقاره وعرضه لانه قضاء على الغائب ابن ملك ولو أقر بمال يلزمه بعد الديون ما لم يكن ثابتا ببينة او علم قاض فيزاحم الغرماء كمال استهلكه اذ لا حجر فى الفعل كما مر درر وقوله او علم قاض يبتنى على ما عليه المتقدمون من ان للقاضى ان يقضى بعلمه أما على ما عليه المتأخرون وهو المفتى به فلا (قوله وعلى هذا المسكن) أى يترك له مسكن ويباع الباقى لو كان له

مسا كن حموى ولو كان له مسكن ويمكنه ان يجتزى بما دونه يباع ويقضى ببعض ثمنه الدين ويشترى بالباقى مسكن يكفيه زيلعى (قوله فبائعه اسوة الغرماء) هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبله فللبائع حبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشترى بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن درر (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا كان الدين كله حالا فلو بعضه حالا قسم بين غرماء الحال ثم بعد انقضاء الاجل شاركهم فيما قبضوه بالحصص قهستانى ويحبسه بالثمن درر (قوله وعند الشافعى يكون للبائع حق الفسخ) محل الخلاف اذا كان البيع صحيحا فلو كان البيع فاسدا فالبائع أحق بمالية المبيع خلاصة فى البيع الفاسد (قوله أما المديون الخ) أى المديون المفلس وانما جاز له ايثار بعض الغرماء لتعلق حقهم بذمته كما فى النهاية ولا يخالف ذلك ما فى الذخيرة من أنه لو قضى دين بعض الغرماء لا يملك لان فيه ايثاره على الباقين وتخصيصه بقضاء دينه وأنه محجور عليه وصار كالمريض مرض الموت ووجه عدم المخالفة ان كلام الذخيرة مفروض فى المديون الغير المفلس حموى وفيه تأمل والذى يظهر عكس ماذكره بأن يحمل ماذكره فى النهاية كالشارح من ان له ايثار بعض الغرماء على أنه بالنسبة لغير المفلس أى الذى لم يحكم بافلاسه بخلاف ما بعده فليراجع الذخيرة (قوله فله ذلك كذا فى فتاوى النسفى) قيده شيخنا بما اذا صدر منه ذلك حال صحته (فرع) حجر قاض ورفع الى قاض آخر فأطلقه الثانى جاز اطلاقه وما صنع المحجور من بيع اوشراء قبل اطلاق الثانى وبعده كان جائزا لان حجر الاول مجتهد فيه فيتوقف على امضاء قاض آخر درر

(فصل) (قوله بلوغ الغلام الخ) البلوغ فى اللغة الوصول وفى الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك عناية (قوله بالاحتلام) قال عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل زيلعى قال فى المختار يتم الصبى بالكسر ييتم يتما ويتما بالضم والفتح واليتيم من الناس من قبل الاب ومن البهائم من قبل الام انتهى (قوله والاحبال والانزال) أما الانزال فظاهر وكذا الاحبال لانه لا يكون الا مع الانزال فجعل علامة البلوغ والتقييد بالاحتلام ونحوه يفيد أنه لا اعتبار بنبات العانة ولهذا قال فى غاية البيان نبات العانة لا يدل على البلوغ خلافا للشافعى كاللحية بل اولى لانه يمكن أن يتوصل باللحية الى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة وفى شرح الاقطع روى عن ابى يوسف فى غير رواية الاصول انه اعتبر نبات العانة وأما نهود النهد فذكر الحموى انه لا يحكم به فى ظاهر الرواية وكذا ثقل الصوت كما فى شرح النظم الهاملى (قوله حتى يتم ثمانى عشرة سنة عند ابى حنيفة) لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن حتى يبلغ أشده واشد الصبى على ماقاله القتبى تبعا لابن عباس ثمانى عشرة سنة وقيل اثنتان وعشرون وقيل خمس وعشرون واقل ماقالوا هو الاول فوجب ان يدار الحكم عليه للاحتياط درر وزيلعى (قوله فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) لان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقص سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى توافق المزاج كذا فى الدرر والصواب ما فى الزيلعى التى يوافق واحد منها المزاج (قوله وفى بعض النسخ ثمانية عشر سنة) يعنى اختلفت نسخ المتن فى تذكير العدد وتأنيثه على تأويل الحول أو العام لان عشرة بعد التركيب تجرى على القياس (قوله ويفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة) للعادة الغالبة ان العلامات تظهر فى هذه المدة غالبا فجعلوا المدة علامة فى حق من لم يظهر له العلامة درر (قوله وادنى المدة فى حقه الى قوله وفى حقها) اذ قد يحصل لهما فى هذا السن علامة البلوغ درر (قوله وقالا بلغنا) اعلم انه يشترط لصحة الاقرار بالبلوغ شرط آخر وهو أن يكون بحال يحتلم مثله ذكره الولوالجى وفى الظهيرية أقر بالبلوغ ان كان مراهقا بأن بلغ اثنتى عشرة سنة صح اقراره وقسمته ولو قال بعد ذلك لم اكن بالغا لا يلتفت الى قوله وان لم يكن مراهقا بأن كان مثله لا يحتلم بان لم يبلغ اثنتى عشرة سنة لا يصح اقراره بالبلوغ شيخنا عن الشلبى وفى شرح البخارى للكرمانى ذكر ان عبد الله بن

عمرو

(فبائعه اسوة) أى مساو (الغرماء) حتى يباع و(يقسم ثمنه بينهم بالحصص) وعند الشافعى يكون للبائع حق الفسخ هذا اذا أخذ أرباب الديون أو القاضى منه وقسم بينهم بلا اختياره أما المديون لو آثر بعض الغرماء بقضاء الدين باختياره ذلك فله ذلك كذا فى فتاوى النسفى (فصل) فى حد البلوغ (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال) اذا وطئ (والا) أى وان لم يوجد ذلك فبلوغه موقوف (حتى يتم ثمانى عشرة سنة) عند أبى حنيفة (و) بلوغ (الجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا) أى وان لم يوجد ذلك (فحتى يتم) لها (سبع عشرة سنة) وفى بعض النسخ ثمانية عشر سنة على تأويل الحول أو العام ولم يذكر الانزال فى علامات بلوغها لان انزالها قلما يعلم بخلاف الصبى (ويفتى بالبلوغ فيهما) أى فى الغلام والجارية (بخمسة عشر سنة) هذا قولهما وهو رواية عن أبى حنيفة وهو قول الشافعى (وأدنى المدة فى حقه اثنتا عشر سنة وفى حقها تسع سنين فان راهقا) أى قاربا الحلم واشكل أمرهما فى البلوغ (وقالا) قد (بلغنا صدقا واحكامهما أحكام البالغين) فلو أقر الغلام به وهو ابن اثنتى عشرة سنة أو أقرت الجارية به بعد ان تم لها تسع سنين

عمرو بن العاص كان بينه وبين أبيه اثنتا عشرة سنة قالوا ولا نعرف احدا غيره كذلك (قوله يقبل قولهما بالاجماع) اذا فسرا مابه علما بلوغهما وليس عليهما يمين كما فى الشرنبلالية والظاهر ان هذا هو المراد مما نقله السيد الحموى عن شرح درر البحار من انه يشترط لقبول قولهما ان يبينا كيفية المراهقة حين السؤال عنه

(كتاب المأذون)

قال الكرمانى يقال هو مأذون له وهى مأذون لها وترك الصلة ليس من كلام العرب قهستانى (قوله الاعلام لغة) قال قاضى زاده فى التكملة لم أرقط فى كتب اللغة مجىء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام حموى وذكر بعضهم كالديرى فى التكملة ان الاذن والاذان فى اللغة الاعلام وعزاه فى الشرنبلالية للزيلعى وأقره وفيه كلام يعلم بمراجعة تكملة البحر للطورى وذكر العينى ان الاذن فى اللغة هو الاطلاق وهو فك الحجر مطلقا (قوله فك الحجر) هذا يشمل فك الحجر عن صبى من ولى أو قاض ولما كان معظم الباب فى مسائل العبد المأذون زادوا فى التعريف واسقاط الحق الثابت بالرق اعلم ان بعضهم اقتصر على تعريف اذن العبد بناء على ان معظم الباب فى مسائل العبد المأذون وبعضهم أطلق وهو الاصوب ولهذا جمع المصنف كاكثر أصحاب المتون بين فك الحجر واسقاط الحق حموى وهذا لا يلائمه قول الشارح فك الحجر الثابت بالرق لاقتضائه قصر التعريف على اذن العبد ولهذا زاد بعضهم على قول الشارح الثابت بالرق أو بالصبا وشرطه كون المأذون له ممن يعقل التصرف ويقصده والآذن ممن يملك التصرف ولو غير مالك للرقبة فصح من مكاتب ومأذون وشريك مفاوضة وعنان واب وجد وقاض وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضرورتها دون غيرها قال العلامة الحموى وقول الزيلعى وحكمه هو تفسيره الشرعى يجب تأويله أى ما يفهم من تفسيره ومحل بيانه حواشى الهداية (قوله واسقاط الحق) والمسقط هو المولى بالنسبة للعبد أو الولى بالنسبة للصبى واعلم ان العبد أهل للتصرف وانما حجر لحق المولى واذا أذن فقد أسقط حقه وصار العبد متصرفا لنفسه بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة لكن لا يلزم ان يكون مالكا لما تصرف فيه لنفسه لانه كما فى الشرنبلالية بجملته مملوك للمولى فاذا تعذر ملكه لرقه يخلفه المولى فى الملك فان قيل لو كان الاذن فك الحجر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط لا يعود أجيب بأن الرق لما كان باقيا كان الحجر بعده امتناعا عن الاسقاط فيما يستقبل ديرى فى التكملة عن الاكمل لا يقال العبد ليس أهلا لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا للتصرف لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب ولهذا تقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى الا ما فضل منه زيلعى (قوله ويثبت بالسكوت) الا اذا كان المولى قاضيا درعن الاشباه (قوله ان رأى عبده الخ) المراد بالرؤية العلم على ما يشير اليه قول القهستانى أى رآه بالقلب (قوله وفى ذلك لا ينفذ) اسم الاشارة للبيع والشراء المفهومين من قول المصنف رأى عبده يبيع ويشترى لكن فى التسوية بينهما فى عدم النفاذ مخالفة لما سيأتى منه معزيا للذخيرة حيث قال ولو رآه يشترى شيئا بمال المولى فلم ينهه المولى فهو اذن منه وينفذ ذلك الشراء ووجه الفرق انه فى الشراء يدخل المبيع فى ملكه فلا يتضرر بخلاف البيع فان المبيع يزول عن ملكه فلا يجعل سكوته اذنا فى ذلك البيع حموى عن ابن ملك ومثله فى البدائع (قوله بمال المولى) فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد كذا بخط شيخنا (قوله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى الخ) كذا فى الزيلعى ومثله فى البرهان ويخالفه ما فى الدرر تبعا للخانية من انه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك لم يكن اذنا شرنبلالية وأقول المراد من

يقبل قولهما بالاجماع اما قبل ذلك فلا وههنا دقيقة أخرى وهى أن يشترط بعد بلوغه اثنتى عشرة سنة أن لا يكون بحال لا يحتلم مثله ذكر هذه الدقيقة فى فتاوى الفضلى

(كتاب المأذون)

المناسبة بين الكتابين ظاهرة اذ الاذن يقتضى سابقة الحجر فيترتب الاذن عليه (الاذن) الاعلام لغة وفى الشرع (فك الحجر) الثابت بالرق (واسقاط الحق) عندنا وعند الشافعى وزفر عبارة عن انابة وتوكيل ثم أراد أن يظهر ثمرة الخلاف ففرع وقال (فلا يتوقت) الاذن بالاماكن والازمان حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا أو مكانا كان مأذونا أبدا الى أن يحجر عليه عندنا وعند زفر يتوقت (ولا يتخصص) بنوع دون نوع حتى لو أذن له فى نوع فهو مأذون فى جميع الانواع وعند زفر والشافعى لا يكون مأذونا الا فى ذلك النوع ولما كان الاذن يثبت بالدلالة أيضا أشار بقوله (ويثبت بالسكوت ان رأى عبده يبيع ويشترى) فانه يصير مأذونا عندنا فى غير ذلك التصرف الذى رآه مولاه فيه وفى ذلك لا ينفذ ولو رآه يشترى شيئا بمال المولى فلم ينهه المولى فهو اذن منه وينفذ ذلك الشراء كذا فى الذخيرة ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو للاجنبى باذنه أو بغير اذنه صحيحا كان أو فاسدا

قوله لم يكن اذنا أى فى حق ذلك التصرف الذى صادفه السكوت كما ذكره عزمى لا فى سائر التصرفات كما فهمه فى الشرنبلالية فلهذا قال المحفوظ تقديم ما فى المتون والشروح على ما فى الفتاوى (قوله وقال زفر والشافعى لا يكون اذنا) لاحتمال ان يكون عن سخط كما لا يثبت اذا رأى عبده يتزوج فسكت وكما اذا رأى المرتهن يبيع الرهن فسكت ولنا ان العادة جرت بأن من لا يرضى ببيع عبده ينهى عنه ولو لم يجعل سكوته اذنا لادى الى اضرار الناس لغرورهم به ومعاملتهم معه فجعل سكوته رضاء عرفا الا اذا سبق منه ما يوجب نفى الاذن حالة السكوت بأن قال المولى اذا رأيتم عبدى يتجر فسكت لا يكون مأذونا والجواب عن مسئلة الرهن والتزوج فى الزيلعى وروى الطحاوى عن أصحابنا ان السكوت فى مسئلة الرهن رضا ويبطل الرهن كما فى الشرنبلالية (قوله بأن قال له أذنت لك فى التجارة) لانه عام معنى لانه يريد به جنس التجارة اما اذا ذكر بصيغة المفرد غير معرف بان قال أذنت لك فى تجارة أو فى تجارة واحدة أو تجارة كذا يملك أنواع التجارات عندنا كذا فى التكملة للديرى وذكر انه اذا أذن له فى التجارة فى الخز يصير مأذونا فى التجارة كلها عندنا خلافا للشافعى انتهى فما فى شرح الحموى حيث قال اذا ذكر بصيغة المفرد غير معرف بأن قال أذنت لك فى تجارة أو فى تجارة واحدة أو تجارة كذا ففيه خلاف انتهى يعنى خلاف الشافعى فتدبر (قوله لا بشراء شئ بعينه) كالطعام والكسوة لانه استخدام ولو صار مأذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام واعلم ان قوله لا بشراء شئ بعينه معطوف على محذوف وهو معترض بين الشرط وجزائه والتقدير فان أذن بالبيع والشراء اذنا عاما يبيع ويشترى لا بشراء شئ بعينه حموى وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال أجر نفسك من فلان لانه أمر بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما لو أمره ان يؤجر نفسه من الناس او قال اقعد صباغا أو خياطا أو قصارا لانه أمر بعقود متعددة فدل على الاذن ولانه لم يعين من يعامل معه فيكون أمرا بالمعاملة مع الناس كما فى تكملة الديرى وكذا اذا قال أدّ الى ألفا وأنت حر او قال كل شهر كذا وكل يوم كذا يكون مأذونا له لانه لا يتوصل الى الاداء الا بالتكسب وذا بالتجارة لا بالتكدى زيلعى وليس المراد من قوله اقعد صباغا أو قصارا أو خياطا انه أمره بهذه الجملة بتمامها كما توهم ذلك بعضهم والمكدى الذى يسأل الناس الحافا ويأكل اسرافا يؤجر بالتصدق عليه ما لم يتيقن انه يصرفه على المعصية كذا فى عمدة المفتى والمستفتى وفى القاموس لتكدى الالحاح فى السؤال وقال ابن الاثير الكد الاتعاب يقال كد يكد فى عمله كدا اذا استعجل وتعب فى المعاش كذا بخط شيخنا (قوله لنفى الخلاف) لانه يفهم من قوله اذنا عاما ان الاذن لو كان بشراء شئ بعينه لا يكون اذنا بل يكون استخداما اتفاقا حموى (قوله وتأكيدا للعموم) المستفاد من قوله اذنا عاما حموى (قوله وكذا بالغبن الفاحش) عند ابى حنيفة فأبو حنيفة سوى هنا بين البيع والشراء فى الغبن الفاحش وفرق بينهما فى تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الآمر بما يلحقه فكان الوكيل فى الشراء متهما فى انه اشتراه لنفسه فلما ظهر له الغبن اراد ان يلزم الآمر وهذا لا يوجد فى تصرف المأذون لانه لا يرجع بما لحقه من العهدة على احد فكان البيع والشراء فى حقه سواء وعلى هذا الخلاف الصبى اذا اذن له ابوه فى التجارة يجوز ان يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق وبالفاحش عند ابى حنيفة ولو حابى العبد المأذون له فى مرض موته اعتبر محاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين فتنفذ وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقى اى بعد الدين يعنى يؤدّى دينه اولا فما بقى بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار فى الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد لا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضى بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ فى الكل بخلاف الغرماء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته فى حقهم وان كان الدين محيطا بما فى يده يقال للمشترى أدّ جميع المحاباة والا فردّ المبيع كما فى الحر هذا اذا كان المولى صحيحا فان كان مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال

وقال زفر والشافعى لا يكون اذنا (فان أذن) المولى اذنا (عاما) لعبده بأن قال أذنت لك فى التجارة (لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشترى) اتفاقا وكذلك اذا قال أذنت لك فى جميع أنواع التجارة قوله لا بشراء شئ بعينه لنفى الخلاف بيننا وبين زفر والشافعى ثم ان أذن صريحا وتأكيدا للعموم عاما يبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الاعيان بغبن يسير وكذا بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة

المولى بلا فرق بين الفاحش وغيره عناية وزيلعي (قوله خلافا لهما) لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف ولابي حنيفة انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشئ كان له حكم ذلك الشئ بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالنظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن ان يصح منهم كالاقرار بالدين زيلعي وما في الدرر حيث استدل للصاحبين بقوله لهما ان البيع بالغبن الفاحش بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث ليس على اطلاقه كما في الشرنبلالية وقد قدمنا ما في المسئلة من التفصيل (قوله ويرهن ويسترهن) اى يأخذ الرهن لانهما من توابع التجارة عيني ووقع في المتن الذي شرح عليه الحموي ويرتهن بدل يسترهن (قوله ويستأجر) مشاهرة اومسانهة درر ربما يحتاج اليه من البيت والدابة وغيرهما اذ في التجارة يحتاج الى ذلك ويقبل السلم ويسلم حموي (قوله ويشارك شركة عنان) لا مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها واذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم المفاوضة الفاسدة حموي عن البدائع (قوله خلافا للشافعي) له ان الاذن لم يتناول التصرف نفسه ولهذا لا يملك بيع نفسه ولا رهنها فلا يملك بيع منافعه ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكها وانما لم يجز بيع نفسه لاستلزامه بطلان الاذن ولا كذلك بيع المنافع ورهن نفسه يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين فيفوت به غرض المولى زيلعي (قوله ويقر بدين) لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد ولو اشترى جارية شراء فاسدا فاقر انه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح بلا اذن حيث يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة واعلم ان اقراره بالدين صحيح وان كان عليه دين اذا اقر في صحته وان في مرضه قدم غرماء الصحة كما في الحرز يلعي (قوله فلو اقر بدين الخ) الدين ليس بقيد فانه يملك الاقرار بالعين كما في البدائع لان العادة قد جرت بشراء كثير من الاشياء بظروفها فلو علم الناس انه لا يصح اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه فلا يلتئم امر التجارة حموي لكن قيد في الدرعن الوهبانية صحة اقراره بالعين بما اذا لم يكن مديونا (قوله ويبطل اقراره لهؤلاء) لانه اقرار صورة وشهادة معنى وشهادته لهؤلاء غير جائزة لو كان حرا فكذا اقراره (قوله خلافا لهما) لانه أقر لمن لا حق له في اكتسابه فصار كما لو أقر لاجنبي قال في الدرر وهو كالاختلاف في بيع الوكيل منهم ذكره الزيلعي لكن لو حذف صاحب الدرر لفظة الدين من قوله فان اقراره لهم بالدين باطل عند أبي حنيفة خلافا لهما لكان أولى لان الزيلعي أطلق الاقرار ولم يقيده بالدين الى هذا أشار شيخنا (قوله وغصب) لان ضمانه ضمان معاوضة لانه يملك المغصوب بالضمان (قوله ولا يتزوج المأذون) الا باذن المولى ولا يتسرى ولو بالاذن درر (قوله وقال أبو يوسف له تزويج الامة) وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون له والمضارب وشريك العنان دون الاب والوصي خلافا لما ذكره العيني من أنهما على هذا الخلاف أيضا فانه قد تبع صاحب الهداية ورده الزيلعي بانه سهو فان صاحب الهداية ذكر المسئلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة الكتب كالمبسوط ومختصر الطحاوي والتتمة انتهى (قوله ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشئ لا يتضمن ما فوقه الا اذا اجازه المولى ولم يكن على العبد دين وذكر في النهاية انه لو كان على العبد دين فكتابته باطلة وان أجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر وهذا مشكل فان غير المستغرق لرقبته وما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بالاجماع حتى جاز للمولى عتق ما في يده زيلعي وأقول لا اشكال لما ذكره هو بعد قول المصنف ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه فيبطل تحريره عبدا من كسبه حيث قال وان لم يحط جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر

خلافا لهما سواء كان عليه دين أولا
(ويوكل) المأذون (بهما ويرهن) شيأ
لا نفسه (ويسترهن ويستأجر ويضارب)
ويشارك شركة عنان (ويؤجر نفسه)
خلافا للشافعي (ويقر بدين) فلو أقر
بدين يلزمه في الحال اذا أقر لغير الولد
والوالد والزوج ويبطل اقراره لهؤلاء
عند أبي حنيفة خلافا لهما (وغصب
ووديعة ولا يتزوج) المأذون (ولا
يزوج مملوكه) مطلقا سواء كان عبدا
أو أمة وقال أبو يوسف له تزويج الامة
(ولا يكاتب) المأذون الا أن يجيزه
المولى ولا دين عليه فحينئذ تجوز
الكتابة ويصير المأذون نائبا عنه وأما
لو كان عليه دين مستغرق فستعرف
حكمه فيما اذا تصرف المولى
في كسب المأذون المديون (ولا يعتق)
ولو بمال

وكذا عنده فى قوله الآخر وفى قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير الخ وحينئذ فما فى النهاية تفريع على قول أبى حنيفة الاول هذا ماظهر لى فى هذا المقام ثم رأيت الموافقة عليه للحموى معزيا الى بعض الفضلاء (قوله الا ان يجيزه المولى الخ) ثم ليس للعبد قبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل واذا أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده زيلعى والتقييد بالكتابة يشير الى أنه يملك الاذن وبه صرح الزيلعى فى المضاربة (قوله ضمن المولى قيمته لغرماء المأذون على قولهما) وعلى قول الامام لا ينفذ اعتاق المأذون عبده باجازة المولى ان كان الدين مستغرقا لانه مانع من ثبوت الملك له فى كسبه وهذا قول الامام آخرا وكان أولا لا يفرق فى هذا بين المستغرق وغيره كما سبق التنبيه عليه (قوله ويهدى طعاما يسيرا) قال فى البزازية ويملك اهداء المأكول وان زاد على درهم بما لا يعد اسرافا ويتخذ الضيافة اليسيرة لا الكثيرة وذا بقدر المال حتى لو كان فى يده عشرة آلاف درهم فبعشرة يسيرة ولو فى يده عشرة دراهم فبدانق كثيرة كذا بخط مصنف تنوير الابصار والتقييد بالطعام للاحتراز عما سوى المأكولات من الدراهم والدنانير والثياب الا ان يهب مالا يساوى درهما وان أجاز المولى هبته صحت ان لم يكن عليه دين شرنبلالية والمحجور لا يهدى شيئا وعن الثانى اذا دفع للمحجور قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا بأس بخلاف مالو دفع اليه قوت شهر ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت سيدها او زوجها باليسير كرغيف ونحوه در عن الملتقى قال ولو علم منه عدم الرضا لم يجز (قوله كالرغيف ونحوه) نحو الرغيف الفلس ومن الفضة ما دون الدرهم كما يستفاد من الشرنبلالية حيث قال فيملك التصدق بالفلس والرغيف وبالفضة ما دون الدرهم ووجه الاستفادة انه لا فرق بين الصدقة والهدية (قوله ويضيف من يطعمه) لو اقتصر على قوله ويضيف لكان أولى لدلالة الضيافة على الاطعام حموى (قوله ولا يملك حط الزيادة) كذا فى الدرر وتعقبه عزمى زاده بما فى البدائع حيث قال وان كان الحط من عيب ينظر ان كان بالمعروف جاز لانه من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بأن كان فاحشا جاز عند ابى حنيفة وعندهما لا يجوز انتهى (قوله ولا يملك الحط من غير عيب) لانه ابراء لا يملكه (قوله متعلق برقبته) لانه دين ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة درر وكذا يتعلق بكسبه مطلقا سواء حصل قبل الدين أو بعده ويتعلق بما اتهب وان لم يحضر مولاه وعدم اشتراط حضرة المولى بالنسبة للكسب والاتهاب ولا تنافى بين تعلقه بالكسب والرقبة فيتعلق بهما ويبدأ بالاستيفاء من الكسب لامكان توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود المولى فان لم يوجد الكسب يستوفى من الرقبة ولا يتعلق الدين بما أخذه منه مولاه قبل الدين لوجود شرط الخلوص له درر وظاهره تعلق الدين بما أخذه منه بعد لحوق الدين وليس كذلك الا اذا أخذ منه أكثر مما كان يأخذه قبل لحوق الدين فيرد الفضل فقط كما ذكره هو بنفسه حتى لو كان يأخذ منه كل شهر عشرة دراهم مثلا قبل لحوق الدين كان له أن يأخذها بعد لحوقه والقياس أن لا يأخذ لان الدين مقدم على حق المولى فى الكسب وجه الاستحسان انه لو منع من أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب فيعود الضرر على الغرماء انتهى والغلة كل ما يحصل من ريع الارض أو كرائها أو اجرة غلام أو نحو ذلك قال فى العناية ومعناه له أن يأخذ الضريبة التى ضربها عليه فى كل شهر بعد ما لزمه الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه يكون للغرماء وليس وضع الضريبة قبل لحوق الدين شرطا اذ له أن يضعها بعده كما فى القهستانى عن الكرمانى واعلم انه قبل لحوق الدين له أن يأخذ أكثر من غلة مثله وليس له أن يأخذ الاكثر بعده ذكره القهستانى أيضا (قوله يباع به) بحضرة مولاه أو نائبه لاحتمال أن يفديه بخلاف بيع الكسب حيث لا يشترط له حضرة المولى لان العبد خصم فيه تنوير وشرحه قال ولهم استسعاؤه أيضا زيلعى ومفاده ان زوجته لو اختارت استسعاءه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك أيضا بحر من النفقة ولم يذكر المصنف

الا ان يجيزه المولى ولم يكن عليه دين
ولو كان مديونا ضمن المولى قيمته
لغرماء المأذون على قولهما كذا
فى الاصل نقلا عن الايضاح (ولا
يقرض ولا يهب) ولو بعوض (ولا
تصدق ويهدى طعاما يسيرا كالرغيف
ونحوه ويضيف من يطعمه ويحط من
الثمن بعيب) مثل ما يحط به التجار
ولا يملك حط الزيادة ولا يملك الحط من
غير عيب (ودينه متعلق برقبته
حتى (يباع) المأذون (به) أى بسبب
الدين

من يتولى بيعه فقيل القاضى يجبر المولى على البيع قال فى النهاية وليس له وجه صحة بل القاضى يبيع العبد هنا بدون رضا المولى بالاتفاق فان قيل كيف هذا على قول الامام فانه لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين حتى لا يبيع القاضى ماله بدون رضاه أجيب بأنه ليس فى بيع المأذون بغير رضا المولى حجر عليه لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فكان بمنزلة التركة المستغرقة بالدين يبيعها القاضى اذا امتنع الورثة عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم قال فى الشرنبلالية بعد ان ذكر كلام النهاية فاطلاق بيع القاضى أولا مقيد بما اذا لم يبع المولى حين أمره القاضى به بمنزلة التركة انتهى قلت ومقيد أيضا بما اذا امتنع من الفداء كما فى القهستانى واعلم ان ماذكره فى النهاية من الجواب استشكله العلامة الحموى بأنه لا يحسم مادة الاشكال للفرق الظاهر بين المأذون والتركة المستغرقة اذ لا يثبت للورثة ملك فيها لتقدم حق الغريم على الوارث ولهذا لو أعتقوا عبدا منها لا يعتق بخلاف المأذون فان ملك الرقبة فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة عدم ملكهم لها الخ (تتمة) باع المولى العبد المأذون بعد الدين كان باطلا لانه موقوف على اجازة الغرماء وقيل انه فاسد لانه لو أعتقه المشترى بعد القبض يصح وتلزمه قيمته فلا يكون موقوفا كما فى الذخيرة قهستانى (قوله ان لم يفده سيده) فيه اشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور ولان الخصم فى رقبة العبد هو المولى بخلاف الكسب فان الخصم فيه هو العبد كما سبق ويفده بفتح الياء من فداه (قوله لا يتعلق بالرقبة) لان رقبته ليست من كسبه ولانها ملك المولى والمولى عين الكسب للتعلق به دون الرقبة ولان غرضه بالاذن تحصيل مالم يكن لا تفويت مال كان بخلاف دين الاستهلاك فانه يباع فيه بالاجماع ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك ولان تعلق الدين برقبته استيفاء حامل للغير على المعاملة معه فصلح غرضا للمولى من هذا الوجه ويفوت الضرر فى حق المولى بدخول ما اشترى فى ملكه كذا فى التكملة للديرى (قوله ومابقى طولب به بعد عتقه) لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة ولا يباع ثانيا لان المشترى يمتنع حينئذ عن شرائه فيؤدى الى امتناع البيع بالكلية فيتضرر الغرماء درر ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذى باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد آخر وفى نفقة الزوجة يباع مرارا لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فيكون دينا حادثا بعد البيع كذا بخط شيخنا (قوله أى بحجر المولى) بأن يقول حجرتك عن التصرف أو وصله اليه خبر حجره درر وفى الاخبار لا بد من العدد أو العدالة عند الامام واكتفيا بالواحد مطلقا وهذا اذا كذبه العبد فان صدقه يصير محجورا اتفاقا ولو كان المخبر رسولا يحجر فى الوجهين اتفاقا لان عبارة الرسول كعبارة المرسل هذا فى الاخبار بحجره وأما الاخبار باذنه يكتفى فيه بالواحد اتفاقا ابن ملك (قوله ان علم به أكثر اهل سوقه) فلو حجر عليه بحضرة الاقل لم يحجر حتى لو بايعه من علم منهم ومن لم يعلم جاز لانه لما بقى مأذونا فى حق من لم يعلم فكذا فى حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص زيلعى (قوله وقال الشافعى يصح الحجر الخ) لان المولى تصرف فى خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا زيلعى (قوله ولو باعوه الخ) أى بايعوه (قوله وان باعه الذى علم بحجره) تقدم وجهه والمراد من باعه أى بايعه (قوله أى جنون المولى) يجوز جعل الضمير فيه للعبد ففى البدائع جنون العبد مطبقا ولحوقه بدار الحرب مرتدا من أسباب الانحجار ولهذا قال عزمى زاده لو قال وموت احدهما ولو حكما وجنونه مطبقا لكان اتم واخصر وفى منية المفتى وينحجر أيضا بجنون نفسه ولحوقه مرتدا ولا يعود الاذن بافاقته انتهى (قوله وان لم يعلم به) أى بما ذكر من الموت والجنون واللحوق لانه حجر حكمى فلا يكون العلم من شرطه كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وكما لو أخرجه المولى عن ملكه وكالمفاوضة تبطل بملك احدهما ما تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان لم يملك احدهما ابطالها وفى الظهيرية وموت الاب يحجر

(ان لم يفده سيده) بقضاء الدين بامر القاضى فان فداه لا يباع وقال زفر والشافعى لا يتعلق بالرقبة وانما يتعلق بالكسب فلا تباع رقبته فى دين التجارة ويباع كسبه (وقسم ثمنه بالحصص ومابقى) بين الغرماء (طولب به بعد عتقه) أى بما بقى من الدين (و) ينحجر (بحجره) أى بحجر المولى (ان علم به) أى بالحجر (أكثر أهل سوقه) وقال الشافعى يصح الحجر عليه بغير علم العبد وأهل السوق وان هذا اذا علم بالاذن أهل السوق وان علم رجل أو رجلان أو ثلاثة فالحجر يكون بمحضر من هؤلاء ولا يصح بما دونه بان يحجره فى بيته وان لم يعلم بالاذن الا العبد فالحجر يكون بمحضر من العبد ولا يصح اذا كان الحجر فى بيته بغير محضر منه ثم العبرة لشيوع الحجر واشتهاره لا للحجر فى السوق حتى لو حجر فى السوق وليس فيه الا رجل أو رجلان لا ينحجر ولو باعوه جاز وان باعه الذى علم بحجره وان حجر فى بيته بمحضر من أهل السوق ينحجر (و) ينحجر ضمنا (بموت سيده وجنونه) أى جنون المولى مطبقا (ولحوقه) أى لحوق المولى بدار الحرب حال كونه (مرتدا) وان لم يعلم به اما غير المطبق كالمرض فلا ينحجر به

قوله ولحوقه مرتدا قد تسامح فيه لان اللحاق بدون القضاء لا يكون كالموت عندنا كما افاده فى رد المحتار وشرح المجمع اه مصححه

على الصبي كموت وصي وعزله ولو عزل قاض اذن لصبي ومعتوه كانا على اذنهما حموى (قوله مادون السنة غير مطبق) هذا قول محمد كما في الشرنبلالية ونصه قال محمد اذا كان الجنون دون السنة فليس بمطبق والسنة وما فوقها مطبق وعن ابي يوسف أكثر السنة مطبق ومادونه فليس بمطبق نهاية عن الذخيرة ومنه تعلم ان ما عزاه الشارح للذخيرة بالنسبة لقول محمد (قوله وقال الشافعي لا ينحجر) لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه لم يرض بتصرف عبده المتمرد والاباق يمنع الابتداء عندنا على ماذكره خواهر زاده فلنا ان نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها او بخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر حيث كان مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة زيلعي (قوله قيل لا يعود) وهو الصحيح زيلعي ووجهه ان الاذن سقط بالحجر بالاباق والساقط لا يعود حموى (قوله وعند زفر لا تحجر) اعتبارا للبقاء بالابتداء وهو القياس وجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد فيكون دلالة الحجر بخلاف الابتداء لان الصريح يفوق الدلالة ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون دلالة الاباحة ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة زيلعي واذا قال بعد الاستيلاد لا أريد الحجر عليها بقيت على اذنها حموى (قوله لا بالتدبير) لانعدام دلالة الحجر عيني (قوله وضمن بهما قيمتهما للغرماء) لا تلافه محلا تعلق به حقهم اذ بهما يمتنع البيع وبه كان تقضى حقوقهم درر (قوله معناه أن يقر بما في يده) هذا اذا لم يكن ما في يده حصل بمثل احتطاب حتى لو كان في يده مال حصل له بالاحتطاب ونحوه فأقر به لغيره لا يصدق فيه بالاتفاق شرنبلالية عن النهاية (قوله صح عند ابي حنيفة) لان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل تحققها درر (قوله فيقضي بما في يده) أشار به الى أنه لا يتعدى اقراره الى رقبته حتى اذا لم يف ما في يده بما عليه من الاقرار لا تباع رقبته فيه اجماعا ومحل صحة اقراره بالدين بعد الحجر أن لا يكون عليه دين بالاذن يستغرق ما في يده اذ لو كان لا يصح بالاجماع وأن لا يكون اقراره بدين بعد ان حجر عليه ببيعه فانه اذا أقر بالدين في يد المشتري لا يصدق بالاتفاق شرنبلالية عن النهاية (قوله وقالا لا يصح اقراره) لان مصحح اقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير معتبرة درر (قوله لانه لو أقر بالجناية الموجبة للدفع الخ) لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتق أيضا لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا اقرارا على نفسه فلا يصح أصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز على الغرماء حموى ولو أقر باقتضاض حرة وأمة باصبعه يلزمه أبو يوسف الضمان للحال فيدفعه مولاه أو يفديه لان اقراره بضمان المال صحيح وقالا لا يؤاخذ به في الحال لان اقراره وان كان ضمان مال لكنه لم يجب عوضا عن مال فليس في معنى التجارة فلا يؤاخذ به الا بعد العتق وان اقر انه اقتضها بذكره يجب الحد ولا يجب المال اتفاقا ابن ملك في شرح المجمع قال واقتض بالقاف أي ازال بكارتها والمراد بالامة امة الغير ولهذا قيدها الحموي عن البدائع بما اذا كانت غصبا وعلى هذا الاختلاف المكاتب فاذا اقر انه اقتض حرة او امة باصبعه ثم عجز ورد في الرق فعند ابي يوسف يؤخذ به للحال وعند الامام بعد العتق ومحمد مع ابي يوسف ان عجز بعد ان قضى عليه بالمهر للحرة وبالعقر للامة وان عجز قبل القضاء عليه فمع ابي حنيفة ابن ملك (قوله فيبطل تحريره عبدا من كسبه) ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق ولو ملكه عتق ولو اتلف المولى ما في يده من الرقيق ضمن ولو ملكه لم يضمن خلافا لهما بناء على ثبوت الملك وعدمه تنوير وشرحه وعلى هذا الخلاف اذا ادعى نسب عبد مأذونه يثبت وعليه القيمة عندهما للغرماء شرنبلالية عن البرهان ولو استولد جارية عبده المأذون وعليه دين محيط صارت ام ولد ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه باق وعنده صادف حق الملك ولهذا لا يجوز

المولى

مادون السنة غير مطبق كذا في الذخيره ولو أغمي عليه لا يصير محجورا (و) ينحجر (بالاباق) وقال الشافعي لا ينحجر ثم ان عاد من الاباق هل يعود قيل لا يعود وقيل يعود (والاستيلاد) أي تنحجر الامة المأذونة في التجارة اذا ولدت من مولاها فادعاه المولى هذا عندنا وعند زفر لا تنحجر (لا بالتدبير) أي لا ينحجر المأذون بالتدبير (و) لكن (ضمن المولى (بهما) أي بالاستيلاد والتدبير (قيمتهما للغرماء) لو كان عليهما دين (وان أقر بعد حجره بما في يده صح) عند أبي حنيفة معناه أن يقر بما في يده انه أمانة لغيره أو غصبه منه أو يقر بدين على نفسه فيقضي بما في يده وقالا لا يصح اقراره ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه وانما قيد بما في يده لانه لو أقر بالجناية الموجبة للدفع او للفداء لا (ولم يملك سيده ما في يده لو احاط دينه بماله ورقبته) اى اذا لزمه ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك سيده ما في يده (فيبطل تحريره) اى تحرير المولى (عبدا من كسبه) هذا عند ابى حنيفة

للمولى ان يتزوجها ولواعتقها المولى وعلى العبد دين محيط ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند ابى حنيفة لان العتق توقف عنده على ان ينفذ عند ملكه الجارية الاترى انه لوقضى دين الغرماء اوابرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد زيلعى وفى قول المصنف فبطل تحريره بحث اذ يفهم منه انه لا ينفذ ولو قضى دين الغرماء وهذا قول الحسن وعامة اصحابنا على انه ينفذ لان توقفه كان لحقهم فاذا سقط بالقضاء اوالابراء نفذ من حين وجد وعلى هذا لواعتق وارث عبدا من تركة مستغرقة وقضى الدين نفذ خلافا له بخلاف مالواعتق كسب مكاتبه اذ المكاتب كالحر فى اكتسابه ويمكن ان يقال المراد انه باطل مالم يوجد مايقتضى النفاذ من قضاء ونحوه حموى عن المقدسى (قوله وقالا يملك الخ) لوجود سبب الملك فى كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهو دليل كمال الملك وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه والعتق وعدمه فرع ثبوت الملك وعدمه درر (قوله ويغرم قيمته) ولو معسرا ولهم ان يضمنوا العبد المعتق ثم يرجع على المولى درعن ابن الكمال (قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته صح تحريره الخ) بلا خلاف اما عندهما فظاهر وكذا عنده فى قوله الآخر لانه لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل المقصود من الاذن وفى قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لافرق بين القليل والكثير كما فى الرهن عينى (قوله لا على قوله لواحاط) لانه لو عطف عليه لتقيد بقوله ولا يملك سيده الخ وهو لا يطابق قوله صح حموى (قوله ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة) لان المأذون بعد كونه مديونا صار كالاجنبى عن مولاه فى ماله الذى فى يده حتى لو اخذ مولاه منه شيئا يؤمر برده عليه لكن لما كان المولى متهما فى حقه اعتبران يكون ذلك ابدل مثل قيمته اواكثر فان قلت كيف اجاز ابوحنيفة هذا البيع ولم يجوز بيع المريض من وارثه شيئا بمثل القيمة لحق سائر الورثة قلت حق الورثة متعلق بعين التركة وحق الغرماء فى المالية دون العين حتى جاز للمولى ان يستخلص اكسابه بقضاء الدين قيد بالمولى وبمثل القيمة لانه لو باع من اجنبى بغبن فاحش يجوز عند ابى حنيفة خلافا لهما ولو باع من المولى بغبن يسير لا يجوز عنده خلافا لهما ابن ملك (قوله اما اذا لم يكن عليه دين فلا يجوز بيعه الخ) لان المولى حينئذ يكون بائعا ومشتريا من نفسه (قوله لم يجز مطلقا) للتهمة بخلاف ما اذا حابى الاجنبى لانه لا تهمة فيه عينى (قوله وقول بعض المشايخ) الصواب حذف الواو ويدل عليه قول الشارح فيما سيأتى فى عكس هذه المسئلة حيث قال ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابى حنيفة وهو قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول (قوله وقيل الصحيح الخ) قال الزيلعى والاصح ان قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبى والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما انتهى (قوله وان باع سيده منه الخ) لان المولى اجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين ولا تهمة فى هذا البيع (قوله ويبطل الثمن لوسلم المولى المبيع الخ) لانه بتسليم المبيع اسقط حقه فى الحبس وتعلق به حق الغرماء لانه صار من كسب العبد وبقى الثمن دينا فى ذمة العبد فبطل لان المولى لا يستوجب على عبده دينا فاذا اخذ الثمن اولا اعطاه بازائه عوضا وكان استخلاصا لكسب عبده فجاز وقيل لا يبطل الثمن وان سلم المبيع اولا لانه يجوز ان ينعقد البيع ويتراخى وجوب الثمن كما تأخر فى البيع بالخيار الى وقت سقوطه قال صاحب المحيط هذا القول هو الصحيح ابن ملك قال العينى وعن ابى يوسف ان للمولى استرداد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى الثمن ثم رأيت بخط السيد الحموى نقلا عن الرمز انه تعقب ابن ملك حيث عزى للمحيط تصحيح عدم بطلان الثمن فليراجع (قوله بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا) لان حقه تعلق بالعين فلا يكون دينا فللمولى ان يطالبه كما لو اودعه مالا فيكون المولى احق به

وقالا يملك مافى يده من كسبه وينفذ عتقه فى عبده ويغرم قيمته للغرماء (وان لم يحط) اى وان لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته (صح) تحريره عبدا من كسبه قوله وان لم يحط معطوف على مجموع الشرط والجزاء لا على قوله لواحاط (ولم يصح بيعه) اى بيع العبد المأذون شيئا (من سيده الا بمثل القيمة) هذا اذا كان عليه دين اما اذا لم يكن عليه دين فلا يجوز بيعه من المولى ولا بيع المولى منه فان باعه من المولى بنقصان القيمة لم يجز مطلقا فاحشا كان الغبن اويسيرا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن اويسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع وهذا الذى ذكرنا على قول ابى حنيفة وقول بعض المشايخ وقيل الصحيح ان قوله كقولهما (وان باع سيده منه بمثل قيمته اواقل صح ويبطل الثمن لوسلم) المولى المبيع الى العبد المأذون المديون (قبل قبضه) اى قبل قبض الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فحينئذ لا يبطل

من سائر الغرماء ابن ملك (قوله وله حبس المبيع بالثمن) لان البيع لا يزيل ملك اليد مالم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان احق به من سائر الغرماء عينى (قوله ويحتمل ان يكون البيع فاسدا) وهو قول بعض المشايخ وعلى هذا لا يكون للمولى خيار رفع المحاباة مع امضاء البيع بل يتحتم نقضه (قوله كما فى الفصل الاول) وهو ما اذا باع المأذون من سيده شيئا بأقل من قيمته (قوله وصح اعتاقه) بالاجماع لقيام ملكه فيه عينى ولا فرق بين ان يكون مديونا بسبب التجارة او الغصب او جحود الوديعة او اتلاف المال كما فى الشرنبلالية واذا صح عتق المستغرق ووجب ضمان الاقل من القيمة ومن الدين فغير المستغرق بالاولى صرح به القهستانى ومن هنا تعلم سقوط اعتراض عزمى على الزيلعى ولا فرق فى ضمان الاقل من القيمة ومن الدين بعتق المديون بين ان يكون للمولى علم بما عليه من الدين اولم يكن بخلاف ما لو اعتقه عالما بجنايته فانه يكون مختارا لجميع الفداء ذكره فى منية المفتى قال شيخنا وهذا معنى ما فى الشرنبلالية عن النهاية حيث قال فصارت مسئلة المديون مخالفة لاعتاق الجانى من حيث العلم ومقدار الضمان وكما يصير مختارا للفداء فيما اذا اعتقه عالما بجنايته فكذا اذا باعه مع العلم بها والفرق بين بيع الجانى عالما بجنايته حيث يلزمه كل الارش بخلاف بيع المديون مع العلم بدينه حيث لا يلزمه الا الاقل منه ومن القيمة أن الدين على العبد وموجب الجناية على المولى فاذا تعذر الدفع تعين الارش (قوله ضمن الدين لاغير) لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء وان شاؤا اتبعوا العبد بكل ديونهم وباتباع احدهما لا يبرأ الآخر فهما ككفيل مع مكفول عنه بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب لكون الضمان واجبا على احدهما فاذا اختار تضمين احدهما برئ الآخر ضرورة وبخلاف ما اذا دبره فانه يصح ولا يحجر ويخير الغرماء كعتقه الا ان من اختار احد الشيئين ليس له الرجوع زيلعى ودرر ولو اختار بعضهم اتباع السيد وبعضهم اتباع العبد فالذى يتبع العبد يؤاخذه بجميع دينه والذى يتبع السيد يأخذ منه جميع حقه ان كان مثل القيمة وما يأخذه من المولى يشاركه فيه الباقون وما يأخذه من العبد الا اذا كان اصل الدين مشتركا كذا فى التكملة للديرى وان كان المأذون له مدبرا أو ام ولد لا يجب الضمان للغرماء باعتاقهما لان حقهم لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا عينى ولا يسقط الضمان عن المولى اذا أعتقه باذن الغرماء وليس هذا كعتق الراهن باذن المرتهن وهو معسر حيث لا يضمن لانه قد خرج من الرهن باذنه والمأذون لا يبرأ عن الدين باذن الغريم بعتقه ابن ملك (قوله وطولب بما بقى بعد عتقه) لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه والمولى لم يتلف الا قدر القيمة فبقى الباقى عليه كما كان وما قبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون بخلاف ما اذا قبض أحدهم شيئا من القيمة التى على المولى حيث يثبت فيه حق الشركة للباقين لان القيمة وجبت لهم بسبب واحد وهو العتق بخلاف الدين الا اذا وجب بسبب واحد فانه يكون مشتركا بينهم (قوله فان باعه سيده الخ) أى باعه بثمن لا يفى بديونهم بدون اذن الغرماء والدين حال فان لم يكن كذلك فلا ضمان على المولى كما فى الشرنبلالية وكذا لا ضمان على المولى اذا كان البيع باذن القاضى كما فى شرح المجمع والتكملة للديرى (قوله أى العبد المديون) يحتمل ان يقرأ بالنصب والجر لانه يحتمل ان يكون بيانا للضمير المنصوب فى باعه أو المجرور فى سيده والاول أظهر كما لا يخفى (قوله وغيبه) قيد به لان الغرماء اذا قدروا على العبد كان لهم ان يبطلوا البيع الان يقضى المولى ديونهم عينى وفى قول المصنف وغيبه منابذة لقوله وان وجد المشترى فلو قال وغاب لكان أولى من غيبه ولا وجود لقوله وان وجد المشترى فى المتن الذى شرح عليه العينى وعليه فالتعبير بغيبه مستقيم (قوله ويكون حق الغرماء فى العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رد عليه قبل القبض مطلقا او بعده

(وله حبس المبيع بالثمن) اى للمولى
ان يحبس المبيع ولا يسلمه الى العبد
بسبب الثمن وانما قيد بقوله بمثل قيمته
او اقل لانه لو باع المولى متاعه من عبده
بأكثر من قيمته بقليل او كثير فالزيادة
لا تسلم للمولى ويكون المولى بالخيار ان
شاء نقض البيع وان شاء حط الفضل
من القيمة كذا ذكره شمس الائمة
السرخسى وغيره فى شرح المبسوط من
غير ذكر الخلاف و(يحتمل ان يكون
البيع فاسدا) عند ابى حنيفة وهو
قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول
كذا فى الكافى (وصح اعتاقه) اى
اعتاق المولى العبد المأذون (و) لكن
(ضمن) المولى (قيمته لغرمائه) اذا
كانت مثل الدين او اقل وان كان
الدين اقل من القيمة ضمن الدين
لاغير (وطولب) العبد (بما بقى) من
الدين (بعد عتقه فان باعه سيده)
اى العبد المديون وعليه دين يحيط
برقبته وقبضه المشترى (وغيبه
المشترى ضمن الغرماء البائع) وهو
المولى (قيمته فان) وجد المشترى العبد
بعد التضمين و(رد) العبد (عليه)
اى على البائع (بعيب رجع) بقيمته
على الذى اخذه منه (و) يكون
(حق الغرماء فى العبد) اومشتريه)
عطف على البائع

بالقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رد عليه بخيار رؤية أو شرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما زيلعى وتعقبه الشلبى بان المسئلة مفروضة فيما اذا غيبه المشترى بعد قبضه فكيف يصح قوله اذا رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازى فى شرحه (قوله أى ضمن الغرماء البائع او مشتريه) ولو ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضى قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فيباع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب فى ذلك كذا ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراجى عفو ربه الحكم المذكور فى المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها اكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعى الغرماء اكثر مما ضمن وان كمال حقهم لم يصل بزعمهم وبينهما تفاوت لان الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز ان تكون قيمته مثل ما ضمن او أقل ولا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته اكثر كذا فى الزيلعى وينحل الاشكال بما ذكره الشلبى عن خط قارئ الهداية حيث قال ولقائل ان يقول لا يشترط فى ثبوت الخيار لهم ان تكون قيمته اكثر مما ضمن بل لهم ان يردوا وان أخذوا وان كانت قيمته مثل ما ضمن او أقل لان لهم فيه فائدة وهو حق استيعابه بجميع دينه انتهى ومن هنا يعلم سقوط ما نقله السيد الحموى عن المقدسى حيث أجاب بحمل ما فى النهاية على ما اذا ثبت بعد ظهور العبد كون القيمة اكثر مما ضمن اذ ما ذكره من هذا الحمل يأباه ما وقع التصريح به فى النهاية من قوله وان كان حقهم لم يصل اليهم بزعمهم لان الزعم يستعمل فى غير المطابق للواقع (قوله رجع المشترى على البائع بالثمن) لان أخذ القيمة منه كأخذ العين درر وأشار بقوله بالثمن الى أنه لا يرجع بما ضمن بل بما اداه للبائع من الثمن وما بقى من القيمة لا مطالبة له على البائع به وظاهر ان هذا فيما اذا كانت القيمة اكثر من الثمن شرنبلالية وصار كانه اشتراه من الغرماء ابتداء كذا بخط شيخنا (قوله لم يرجعوا على الآخر) لان المخير بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الآخر (قوله واعلم المشترى بالدين) يعنى مقرا به لا منكرا در (قوله فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفى كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثانى ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده عينى (قوله اذا باع بثمن لا يفى بديونهم) وكان الدين حالا والبيع بغير طلب الغرماء والا فالبيع نافذ لزوال المانع درر وكذا ينفذ اذا كان باذن القاضى كما قدمناه (قوله أما اذا باع بثمن يفى ديونهم فليس لهم رد البيع) وان كان فيه محاباة خلافا لما فى الدرر من قوله وان وفى ثمنه بدينه ولا محاباة ليس للغريم رد البيع لانه كما فى الشرنبلالية اذا كان به وفاء لا اعتراض للغريم سواء حابى المولى أم لا (قوله سقوط الخيار الخ) حتى يلزم البيع فى حق المتعاقدين وان لم يكن لازما فى حق الغرماء شرنبلالية (قوله وغاب البائع الخ) وان غاب المشترى فالبائع ليس بخصم اجماعا حتى يحضر المشترى لان الملك واليد له ولا يمكن ابطالهما وهو غائب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم تضمين البائع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق زيلعى (قوله وعند أبى يوسف المشترى خصم لهم الخ) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه فيما فى يده ولهما أنه لو جعل خصما لادعى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قائم بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب عناية (قوله فالمشترى او الموهوب له ليس بخصم عندهما) لان دعوى الشفعة تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشترى فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عندهم وفى قول الشارح أو الموهوب له نظر لان حق الشفعة انما يثبت اذا كان التمليك بطريق المبادلة ويجاب بأنه أراد الهبة بشرط العوض (قوله فيصدق استحسانا)

اى ضمن الغرماء البائع او مشتريه (او اجازوا البيع واخذوا الثمن) ثم ان ضمنوا المشترى قيمته رجع المشترى على البائع بالثمن وايهما اختار الغرماء تضمينه برئ الآخر حتى لو تلفت القيمة على الذى اختاروه لم يرجعوا على الآخر (فان باعه سيده) من رجل (واعلم) المشترى (بالدين) ثم جاء الغرماء بعد ما قبض المشترى العبد (فللغرماء رد البيع) اذا باع بثمن لا يفى بديونهم اما اذا باع بثمن يفى بديونهم فليس لهم رد البيع وفائدة الاعلام سقوط الخيار للمشترى فى الرد بعيب الدين (فان باع) عبده المأذون وسلمه الى المشترى (وغاب البائع فالمشترى ليس بخصم لهم) معناه اذا انكر المشترى الدين عندهما وعند ابى يوسف المشترى خصم لهم فيه فيسمع بينتهم عليه ويقضى بديونهم وانما قلنا معناه اذا انكر لانه اذا اقر المشترى بديونهم وصدقهم فى دعوى الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بلا خلاف كذا فى شرح الهداية نقلا عن الامام المحبوبى وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا فباعها رجلا او وهبها وسلمها اليه وغاب ثم حضر الشفيع فالمشترى او الموهوب له ليس بخصم لهم عندهما خلافا له وروى ابن سماعة عنهما مثل قول ابى يوسف فى مسئلة الشفعة (ومن قدم مصرا وقال انا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة) والمسئلة على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان اوغير عدل

والقياس أن لا يصدق بحديث البينة على المدعى وكذا القياس أن تشترط العدالة فى المخبر لان جانب الصدق يترجح بها وجه الاستحسان ان الناس تعاملوا ذلك والاجماع حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها (قوله وثانيهما ان يبيع ويشترى ولا يخبر الخ) فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن أيضا لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على الصلاح فيكتفى بظاهر حاله دفعا للضرر عن العباد زيلعى وتعليله بقوله لان عقله ودينه الخ يشير الى قصر الحكم على ما اذا كان المأذون مسلما فلينظر حكم ما اذا كان ذميا (قوله لا تباع حتى يحضر سيده) لانه لا يقبل قوله فى الرقبة لانه خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد وان أقر العبد بالدين وباع القاضى أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كلف القاضى الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن الاكساب فلا تنتقض البيوع التى جرت من القاضى فى كسبه لان للقاضى ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى ان يعتق العبد حموى عن الاتقانى (قوله ويطالب بعد العتق) وكذا يطالب بعد العتق فى الاقراض والاعارة منه كما سيجىء فى جناية العبد والصبى كذا بخط شيخنا (قوله وان أذن للصبى الخ) المفرغ من بيان اذن العبد شرع فى بيان اذن الصبى والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه ولان اذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف اذن الصبى فان فيه خلاف الشافعى درر (قوله الذى يعقل) صفة لكل من الصبى والمعتوه لا للمعتوه فقط حموى وللصبى والمعتوه ان يأذن لعبده أيضا لان الاذن فى التجارة تجارة معنى زيلعى بخلاف ما اذا أذن المعتوه لابنه حيث لا يصح لانه لا ولى عليه فلا يلى على غيره وكذا لا يملك الصبى ولا المعتوه المأذون لهما ان يتزوجا أو يزوجا مماليكهما الا باذن الولى بالتزويج أو تزويج الامة لا العبد واعلم ان تصرفات الصبى والمعتوه على ثلاثة اقسام الاول ما لا يتوقف نفاذه على الاذن لكونه نفعا كالاسلام والاتهاب الثانى ما لا ينفذ أصلا ولو بالاجازة لكونه ضررا كالطلاق والعتاق ولو على مال فانهما وضعا لازالة الملك وهى ضرر محض ولا يرد سقوط النفقة بالاول وحصول الثواب بالثانى وغير ذلك مما لم يوضع لذلك اذ لا اعتبار للوضع وكذا الهبة والصدقة وفيه اشارة الى أنه لو اجاز هذه التصرفات بعد البلوغ لم يصح الا اذا كان بلفظ يصلح لابتداء العقد كقوله اوقعت ذلك الطلاق او العتاق والى انه لا تصح هذه التصرفات من غيره كالاب والوصى والقاضى ويستثنى مواضع الضرورة كما لو تحقق حاجة الى الطلاق والعتاق لدفع الضرر صح ذلك حتى انه اذا كان مجبوبا وخاصمته امرأته فيه ففرق بينهما كان ذلك طلاقا عند بعض أصحابنا قهستانى الثالث ما احتمل النفع والضرر فيتوقف على الاذن من الولى كالبيع والشراء والنكاح فان قلت بالاسلام يحرم من ميراث ابيه الكافر ويفرق بينه وبين زوجته الكافرة قلت جوابه ما ذكره القهستانى من ان هذا لا يضاف الى اسلامه بل الى كفرهما على ان هذا من أحكامه اللازمة دون الاصلية التى احدها سعادة الدارين انتهى وغير خاف ان التفريق بينه وبين زوجته الكافرة بالنسبة لغير الكتابية لا يقال قد يقع بيعه نفعا محضا بأن يكون بضعف قيمته فينبغى أن ينفذ بلا اجازة لان العبرة بأصل وضعه دون ما عرض باتفاق الحال والبيع بأصله متردد بخلاف قبول الهبة فانه محض نفع زيلعى (قوله كالعبد المأذون) الا ان الولى لا يمتنع من التصرف فى مالهما وان كان عليهما دين ولا يصح اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق ان اقرار الولى عليهما اقرار على الغير فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو فى الذمة لانهما حران واعلم انه لا خلاف فى صحة الاذن للمعتوه الذى يعقل البيع والشراء اذا بلغ معتوها أما من بلغ عاقلا ثم عته ففيه خلاف قال البلخى لا يصح اذنه قياسا وهو قول

ابى

وثانيهما ان يبيع ويشترى ولا يخبر بشئ وفى الاستحسان يثبت الاذن (و) اذا لزمته ديون ولا يكون فى كسبه وفاء (لا تباع) الرقبة (حتى يحضر سيده فان حضر وأقر بأذنه بيع) فى الدين (والا) اى وان لم يقر وقال انه محجور (لا) يباع والقول قوله وعلى الغرماء البينة فان اقاموا بيع والا لا ويطالب بعد العتق (وان اذن للصبى) الذى يعقل (او المعتوه الذى يعقل البيع والشراء وليه فهو) اى كل واحد منهما (فى الشراء والبيع كالعبد المأذون) حتى ينفذ تصرفه ولا يتقيد بنوع دون نوع

ابى يوسف رحمه الله تعالى ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله تعالى وهذا بخلاف ماإذاعته الاب اوجن فانه لايثبت للابن الكبير ولاية التصرف فى ماله انما يثبت له ولاية التزويج زيلعى وديرى (قوله ويصير مأذونا بالسكوت) هذا فى الاب والجد والوصى لافى القاضى ديرى (قوله ويصح اقراره الخ) مطلقا سواء كان مافى يده عينا اودينا لوليه اولغير وليه واورد عليه ان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولى لايملك الاقرار على مال الصبى فكيف أفاده ذلك باذنه والجواب انه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولى يملك الاذن بالتجارة وتوابعها (قوله من كسبه) مقتضى التقييد بالكسب عدم صحة اقراره بموروثه لان صحة اقراره فى كسبه لحاجته فى التجارة الى ذلك كيلايمتنع الناس من معاملته وهى معدومة فى الموروث وفى ظاهر الرواية لافرق لان الحجر لما انفك عنه بالاذن التحق بالبالغ ولهذا نفذ ابو حنيفة بعد الاذن تصرفاته بالغبن الفاحش كالبالغ ديرى (قوله وقال الشافعى تصرف الصبى الخ) أصل الخلاف ان عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فى النافع المحض والمتردد وعنده غير صالحة حتى لوتوكل بالتصرف جاز وعنده لايجوز وبيان الدليل من الجانبين مذكور فى الهداية وغيرها (قوله واعلم ان وليه أب الخ) وأماماعدا الاصول من العصبة كالاخ والعم اومن غيرهم كالام اووصيها وصاحب الشرطة لايصح اذنهم له لانهم ليس لهم أن يتصرفوا فى ماله تجارة فكذا لايملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الاذن له فى التجارة زيلعى (قوله ثم الوالى) أى من له ولاية تقليد القضاء وهو اكبر من صاحب الشرطة بالسكون والحركة والمراد به أمير البلدة كأمير بخارى كذا فى المغرب ذكره فى النهاية (قوله اوالقاضى اووصيه) انما سمى وصيا مع ان الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه هنا يصير خليفة للاب كان الاب جعله وصيا فان فعل القاضى يصير كفعل الاب فمعنى الكلام ان وليه ابوه ثم وصيه بعد الموت ثم الجد ان لم يكن الاب ولا وصيه ثم وصيه بعد موته ثم القاضى او وصيه أيهما تصرف صح شمنى على النقاية وقوله أيهما تصرف صح يفيد ان وصى القاضى يصح تصرفه مع وجود القاضى فتصرف الوالى مع وجود القاضى يكون اولويا ووجهه ماسبق عن النهاية من ان المراد بالوالى من له ولاية تقليد القضاء (تتمة) يحجر المأذون بموت من صدر منه الاذن مطلقا ولى كان اولا كالاب والوصى بخلاف القاضى حيث لاينحجر بموته ولا بعزله لانه حكم الاانحجر قاض آخر درعن شارح الوهبانية وكما لاينحجر بعزل القاضى الذى صدر منه الاذن أو بموته فكذا لومات أبوه او وصيه لعدم صدور الاذن منهما غاية البيان (قوله فاما الام اووصيها الخ) فان قيل أليس ان وصى الام لوباع العروض الذى ورثها الصغير من الام يجوز قلنا انما يجوز بطريق التحصين على الصغير لانه تجارة حتى انه لواشترى شيئا آخر لليتيم لايجوز وليس فى الاذن تحصين شيخنا عن النهاية

(كتاب الغصب)

(قوله المناسبة الخ) ذكر الديرى وغيره من شراح الهداية فى وجه المناسبة ان تصرف المأذون بالاذن الشرعى وتصرف الغاصب فيه المنع الشرعى فكان بينهما مناسبة المقابلة ولما كان الاذن مشروعا بخلاف الغصب قدم المأذون عليه الخ (قوله ان الغصب من انواع التجارة) يعنى مالا حموى (قوله لايملكها الغاصب) يعنى قبل الضمان اوقبل التصرف فى المغصوب بمايزيل اسمه حموى (قوله والعبد كما كان محجورا الخ) هذا لايشبه ما الكلام فيه كما هو ظاهر حموى لان الكلام فى المناسبة بين الغصب والمأذون لابينه وبين المحجور شيخنا (قوله أخذ الشئ) متقوما أولا حتى يقال غصب زوجة فلان وخمره درر وذكر المثالين ليبين أنه لافرق بين ما اذا كان مالا وليس بمتقوم كالخمر أوليس بمال أصلا كالزوجة شرنبلالية

ويصير مأذونا بالسكوت ويصح اقراره بمافى يده من كسبه الى غير ذلك وقال الشافعى تصرف الصبى لايجوز قوله يعقل أى يعلم كون البيع سالبا للملك جالبا للربح كذا فى الهداية وذكر فى الخانية معناه انه يعرف ان البيع يزيل الملك ويعرف الغبن الفاحش واليسير حتى لولم يعرف ذلك لايصح الاذن واعلم ان وليه أب ثم وصى الاب ثم الجد أبو الاب ثم وصيه ثم الوالى أو القاضى أو وصيه فأما الام أو وصيها فلا يصح وكذا أمير البلد

*(كتاب الغصب)

المناسبة بين الكتابين ان الغصب من أنواع التجارة حتى ان أقر المأذون به صح كما يصح بدين التجارة ولم يصح بدين المهر لانه ليس من التجارة والعين المغصوبة لايملكها الغاصب كالعبد المأذون لايملك ما اكتسبه والعبد كما كان محجورا من التصرف فيما لمولاه بدون اذنه فكذلك الغاصب لايملك ذلك شرعا وهو فى اللغة أخذ الشئ ظلما وقهرا يقال غصبت عن الرجل الشئ وغصبته منه وغصبته اياه غصبا ويقال للمغصوب غصب

وفي المصباح المنير غصب غصبا من باب ضرب ويجمع على غصاب ككافر وكفار ويتعدى الى مفعولين فيقال غصبته ماله ويطلق على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه يقال غصبني فلان على فعل كذا ديرى وطوري (قوله تسمية بالمصدر) والعلاقة التعلق الذي بين اسم المفعول والمصدر شيخنا (قوله اخذ مال) هو بمنزلة الجنس درر وفيه تلميح الى ان به أيضا حصل الاحتراز عن بعض الاشياء كالميتة على ما افصح عنه صدر الشريعة فهو ليس بجنس حقيقة عزمي يعني لان الجنس من شأنه الادخال فلهذا كان بمنزلته وخرج بالاخذ ما لو غصب دابة فتبعتها أخرى او ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه (قوله محترم) تأكيد لقوله متقوم اذ كل متقوم محترم وانما قال محترم لانه قد يكون المغصوب محترما عند المغصوب منه ولا يكون متقوما عند الغاصب كالخمر ديري عن الفوائد الحميدية واقول فيه نظر ظاهر اذ مال الحربي لا ينكر تقومه مع انه غير محترم فجعله المحترم تأكيد المتقوم بناء على ما زعم من ان كل متقوم محترم غير مسلم (قوله بغير اذن المالك) لا يحتاج اليه مع قوله اثبات اليد المبطلة شلبي اعلم ان الموقوف مضمون بالاتلاف مع انه ليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع فلو قال بلا اذن من له الاذن كما فعل ابن الكمال لكان اولى در (قوله وزاد في الكافي الخ) ينبغي ان يزاد على التعريف كون المال المأخوذ قابلا للنقل فيخرج العقار لعدم تحقق الغصب فيه خلافا لمحمد وسيذكر الشارح ما به يحصل الاحتراز عن السرقة (قوله وفرع على القصر مسئلة استخدام عبد الغير الخ) ظاهره انه لا يصح تفريعهما على الازالة ومقتضى قوله وفرعهما في المتن على الازالة صحة التفريع حموي (قوله ولا في خمر المسلم الخ) لان الخمر وان كانت مالا الا انها غير متقومة في حق المسلم حتى لو كانت لذمي يضمنها خلافا لظاهر ما في الدرر حيث جعل التقييد بالمتقوم للاحتراز عن الخمر ولهذا قال في العزمية وهو محل تدبر فان الغصب يجري في مال الكافر لا محالة فالداعي الى اخراجه عن تعريف الغصب ولعل الصواب ان يقال عن خمر المسلم كما انبأت عنه عبارة صدر الشريعة انتهى (قوله ولا في مال الحربي الخ) كذا في النهاية والتبيين مع زيادة كونه في دار الحرب شرنبلالية (قوله كزوائد المغصوب) وكذا لو طلبها المالك فمنعها الغاصب ضمن بالاجماع شلبي عن الاتقاني (قوله ازالة اليد الخ) هذا ركنه واما شرطه فكون المغصوب مالا متقوما قابلا للنقل فان قيل وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة كغاصب الغاصب فانه يضمن وان لم يزل يد المالك بل ازال يد الغاصب والملتقط اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد مع انه لم يزل يدا وتضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة ازالة يد احد ولا اثباتها فالجواب ان الضمان في هذه المسائل لا من حيث تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي كما في العناية وقال الديري في التكملة وقد يدخل في حكم الغصب ما ليس بغصب ان ساواه في حكمه كجحود الوديعة لانه لم يوجد الاخذ ولا النقل انتهى اذا علمت هذا ظهر سقوط ما اورده الشلبي معزيا للخانية وجرى عليه بعضهم من انه اذا قتل انسانا في مفازة وترك ماله ولم يأخذه فانه يكون غصبا مع عدم اخذ شئ وما اذا غصب عجلا فاستهلكه حتى يبس لبن امه يضمن قيمة العجل ونقصان الام وان لم يفعل في الام شيئا لما علمت من ان وجوب الضمان لا باعتبار تحقق الغصب بل من حيث وجود التعدي وان لم يتحقق الغصب (قوله المحقة) اى الكائنة على الحق من احق فالهمزة للكينونة او المثبتة اياه فالهمزة للتعدية ثم النسبة بين ازالة اليد واثباتها بالعموم والخصوص الوجهي فانهما يجتمعان في اخذ شئ من يد مالكه بلا رضاه ويفترقان في زوائد المغصوب وتبعيد المالك فان في الاول يوجد اثبات اليد ولا توجد ازالتها وفي الثاني بالعكس (قوله وعند الشافعي الخ) وثمرة الخلاف تظهر في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان فانهما لا يضمنان عندنا اذا هلكا بغير صنع الغاصب خلافا له (قوله فتخرج السرقة) قد يقال تركه هنا استغناء بذكره الخفية في تعريف السرقة لان قيد الخفية في تعريف السرقة للاحتراز عن الغصب (قوله فالضمان لا غير) يعني اذا هلك المأخوذ

تسمية بالمصدر وفي الشرع أخذ مال
متقوم محترم بغير اذن المالك على
وجه يزيل يده ان كان في يده وزاد
في الكافي على هذا قوله أو يقصر يده
ان لم يكن في يده وفرع على القصر
مسئلة استخدام عبد الغير والحمل على
دابة الغير وفرعهما في المتن على الازالة
والغصب شرعا لا يتحقق في الميتة والحر
لانه ليس بمال ولا في خمر المسلم
لانها ليست بمتقومة ولا في مال الحربي
لانه ليس بمحترم ولا فيما أذن المالك
بأخذه كالوديعة ولا فيما لا يزيل يد
المالك عنه كزوائد المغصوب فالغصب
عندنا (هو ازالة اليد المحقة باثبات)
أي مع اثبات (اليد المبطلة) وعند
الشافعي هو اثبات اليد المبطلة ولا
يشترط ازالة اليد واعلم انه لا بد ان يزاد
على هذا التعريف لا على سبيل الخفية
ليخرج السرقة وحكمه الاثم ان علم ورد
العين قائمة والغرم هالكة وان كان
بدون العلم بأن ظن ان المأخوذ ماله
أو اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه
فالضمان لا غير (فالاستخدام)

والا فالواجب الاصلى رد العين لانه اعدل واكمل فى رد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص يصار
اليه عند تعذر رد العينى ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا
ويبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بأن سلمه اليه بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فأكله
المالك ولا يدرى انه ملكه فلو لم يكن هو الواجب الاصلى لما برئ الا اذا علم كما فى قبض المثل او القيمة وقيل
الموجب الاصلى هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى
لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب يصح مع انها لا تصح
بالعين وكذا لو كان للغاصب نصاب ينتقض به كما ينتقض بالدين فدل على ان الواجب هو المثل او القيمة
زيلعى قيل والصحيح هو الاول لان الموجب الاصلى لو كان القيمة لجاز للغاصب ان يمتنع من رد العين اذا
قدر على القيمة لان المصير الى الخلف انما يكون عند عدم القدرة على الاصل وليس كذلك والجواب عن
مسئلة الابراء ان ماهو بعرضية ان يوجد فله شبهة الوجود فى الحال والقيمة كذلك وعن مسئلة الكفالة
بأن الكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها وعن مسئلة الزكاة ماذكرنا فى مسئلة الابراء
كذا فى العناية لكن قوله لو كان القيمة الموجب الاصلى لجاز للغاصب ان يمتنع من رد العين الخ اجاب عنه
الزيلعى بقوله وكونه اى المثل او القيمة لا يصار اليه مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس بأصل
كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها (قوله
اى استخدام عبد الغير) وان لم يكن له علم بانه عبد لغيره وهذا اذا استعمله فى امر نفسه اما اذا استعمله لا فى امر
نفسه لم يكن غاصبا وفى استخدام المشترك بدون اذن الشريك خلاف وكلام القهستانى يشير الى ان الراجح
هو الضمان على عكس ما يشير اليه كلام منية المفتى والخلاف بالنسبة لاستخدام العبد المشترك بدون
اذن الشريك اما ركوب الدابة المشتركة بدون اذن الشريك فوجب للضمان بالاتفاق على ما يفهم من
سياق كلام القهستانى والمنية (تتمة) غاب احد شريكى دار غير مقسومة للآخر ان يسكن بقدر
حصته فيسكن كل الدار كذا فى منية المفتى وقوله بقدر حصته يعنى بطريق المهايأة من حيث الزمن فلا
ينافى ما بعده (قوله وحمل الدابة) كذا ركوبه وهذا اذا حولها من مكانها وهو الصحيح لان غصب
المنقول لا يتحقق بدون النقل كما فى الشرنبلالية الا اذا تلفت بنفس الحمل أو الركوب لوجود الاتلاف
بفعله وكما يضمن باستعمال الدابة المشتركة بغير اذن شريكه فكذا يضمن ببيع حصته منها وتسليمها
للمشترى بغير اذن شريكه كما فى فتاوى قارى الهداية (قوله لا جلوسه على البساط) لان يد المالك لم
تزل عنه ولا قصرت لان فعل المالك وهو البسط باق ابن ملك (قوله وقد فرع على هذا الخ) الاشارة
لما مر من اعتبار الازالة والاثبات عندنا أو الاثبات فقط عند الشافعى وفرع مبنى للمجهول والمفرع صدر
الشريعة حموى (قوله وهذا غير مستقيم) أى ماذكر من التفريع حموى أما فى تبعيد المالك عن
المواشى فظاهر كلام الزيلعى ان عدم ضمانها اتفاقى وأما فى قلع الضرس فالضمان على القالع كذا ذكره
شيخنا واذا علم عدم الضمان فى تبعيد المالك فكذا اذا حبس حتى ضاع ماله واعلم ان ماعزاه بعضهم
للزيلعى من عدم الضمان فى هذه المسائل غير صحيح لان الزيلعى لم يذكر سوى مسئلة حبس المالك عن
مواشيه حتى ضاعت والذى يظهر لى فى هذه المسئلة انه يضمن لا من حيث تحقق الغصب بل من حيث
ان التعدى قد وجد (قوله لان اثبات اليد لم يوجد فى هذه المسائل) تعليل لقوله وهذا غير مستقيم
يعنى ان التفريع لا يكون صحيحا الا لو كان مجرد الازالة كافيا لتحقق الغصب وليس كذلك وقول
السيد الحموى فيه أى فى قول الشارح لان اثبات اليد لم يوجد نظر لانه صريح فى ان اثبات اليد يكفى
فى تحقق الغصب بدون الازالة وليس كذلك غير مسلم لان المراد من قوله لان اثبات اليد لم يوجد أى
منضما الى الازالة فالشرط فى تحقق الغصب مجموع الازالة مع الاثبات خلافا لما يظهر من هذا التفريع
اذ هو يستلزم الاكتفاء بالازالة وليس كذلك فسقط التنظير واعلم ان ماذكره الشارح من ان التفريع

أى استخدام عبد الغير (وحمل الدابة
غصب لا جلوسه على البساط)
والفاء للتفريع وزوائد الغصب غير
مضمونة عندنا خلافا للشافعى وقد فرع
على هذا تبعيد المالك عن المواشى
حتى هلكت وامساك الغير حتى قلع
الآخر ضرسه أو حبسه حتى ضاع ماله
أو انهدم داره وهذا غير مستقيم لان
اثبات اليد لم يوجد فى هذه المسائل
(ويجب) على الغاصب

غير مستقيم معللا بأن اثبات اليد لم يوجد ظاهر فى تسليم وجود الازالة وهو كذلك خلافا لمن قال انها غير موجودة ثم ظهر لى صحة التفريع بناء على انه يكفى لتحقق الغصب ازالة اليد ولو بدون الاثبات ولهذا اقتصر فى النقاية على الازالة وكذا القهستانى صرح بعدم اشتراط اثبات اليد المبطلة قال ولهذا لو كان فى يد انسان درة فضرب به شخص على يده فوقعت فى البحر ضمن وان فقد اثبات اليد ولو تلف ثمر بستان مغصوب لم يضمن وان وجد الاثبات لعدم ازالة اليد ثم نقل عن الزاهدى ما به يحصل التوفيق فى كلامهم حيث قال وذكر الزاهدى انه على ضربين ما هو موجب للضمان فيشترط له ازالة اليد وما هو موجب للرد فيشترط اثبات اليد انتهى (قوله ردّ عينه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردّ وقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لاحدكم أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليرده ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهى مقصودة لان المالك يتوصل بها الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع فيجب نسخ فعله دفعا للضرر عنه زيلعى وقوله فى الحديث الاول على اليد ما اخذت حتى تردای على صاحب اليد رد عين ما اخذت ان كانت العين قائمة وان كانت هالكة وجب ردّ البدل وقوله فى الحديث الثانى لاعبا ولا جادا فى رواية الفائق والمصابيح لاعبا جادا بدون حرف العطف وحرف النفى ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ على أخيه فهو لاعب فى مذهب السرقة جاد فى ادخال الاذى عليه أو قاصد للعب وهو يريد انه يجد فى ذلك ليغيظه كذا فى العناية واعلم ان وجوب ردّ العين مقيد بما اذا لم تتغير تغيرا فاحشا كما فى الدر عن المجتبى وفيه عن البزازية غصب دراهم انسان من كيسه ثم ردها فيه بلا علم برئ انتهى ولو ردّ المغصوب الى المالك فلم يقبله فحمله الى منزله فضاع لم يضمن لانه يكون أمانة (قوله فى مكان غصبه) بالاضافة أو قطعها حموى لتفاوت القيم باختلاف الاماكن در مختار (قوله أو ردّ مثله) لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه ولان حق المالك ثابت فى الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم فى جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه ولا معنى لقول الظاهرية الواجب فيه القيمة لان وجوب الضمان باعتبار المالية وتسميته فى الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة زيلعى بل عقوبة غاية بيان وقوله مجاز للمقابلة أى علاقته المضادة وهى تسمية الشئ باسم ضده شيخنا عن شرح جمع الجوامع (قوله وان انصرم المثل) حدّ الانقطاع أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه وان وجد فى البيوت شرنبلالية لكن قال الاتقانى والاصح أن يكون الشئ بحيث يوجد فى زمان خاص فمضى زمانه كالرطب واستدل عليه بكلام الكرخى فليراجع (قوله يوم الخصومة) لان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق فى ذمته ما لم يقض القاضى بالقيمة ولهذا لو انتظر الى عود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال زيلعى بخلاف غير المثلى اذا هلك لانه مضمون بالقيمة عند وجود الغصب فاعتبر زمان سبب وجوب الضمان وهو يوم الغصب اتقانى (قوله يوم الغصب) لانه لما انقطع التحق بما لا مثل له (قوله يوم الانقطاع) لان الواجب هو المثل فى الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع واعلم ان كلا من هذه الاقوال الثلاثة مرجح كما فى القهستانى أما قول الامام ففى الخزانة وهو الاصح وفى التحفة انه الصحيح وأما قول ابى يوسف ففى النهاية انه المختار وأما قول محمد ففى ذخيرة الفتاوى وعليه الفتوى وفى الكفاية وبه أفتى كثير من المشايخ انتهى وقال الاتقانى ونحن نأخذ بقول محمد وقال فى منظومة الخلافيات

لو غصب المثلى ثم انصرما * فالواجب القيمة يوم اختصما
ويوم غصب العين عند الثانى * وحالة الفقد لدى الشيبانى

(قوله فان كثيرا من الموزونات ليس بمثلى) هذا ايضاح لقوله ثم الحكم فيه غير مقصور على العدديات

المتفاوتة

(ردعينه) الى المغصوب منه ان كان قائما (فى مكان غصبه او) رد (مثله) ان هلك) عند الغاصب مطلقا سواء كان بفعله أو بغير فعله (وهو مثلى) أى والحال ان المغصوب مثلى كالمكيل والموزون (وان انصرم) أى انقطع (المثل) عن أيدى الناس (فقيمته) يوم الخصومة) أى تجب قيمة المغصوب يوم الخصومة عند أبى حنيفة وعند ابى يوسف قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع (وما لا مثل له) من المغصوب كالعدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ والرمان (فقيمته يوم غصبه) وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك والحكم فيه غير مقصور على العدديات المتفاوتة فان كثيرا من الموزونات ليس بمثلى بل من ذوات القيم

المتفاوتة واعلم انهم استثنوا من الموزونات الناطف المبزر بتقديم الزاى والدهن المربى فقالوا بضمان القيمة فيهما لان الناطف يتفاوت بتفاوت البزر وكذلك الدهن المربى كما فى الشرنبلالية عن النهاية وكذا تجب القيمة فى المثلى المخلوط بخلاف جنسه كما فى التنوير كبر مخلوط بشعير وشيرج مخلوط بزيت ونحو ذلك كدهن نجس وكذا الدبس والرب والقطن والصابون والفحم للتفاوت بالصنعة واللحم ولو نيئا وكذا كل مكيل وموزون مشرف على الهلاك فى ذلك الوقت كسفينة موقورة أخذت فى الغرق وألقى الملاح ما فيها من مكيل وموزون يضمن قيمتهما كما فى الدر عن المجتبى والجبن قيمى فى الضمان مثلى فى غيره كالسلم والآجر قيمى وكذا السويق لتفاوته بالقلى وقيل مثلى (قوله كالقمقمة والقدر ونحوهما) من كل موزون يختلف بالصنعة قال فى منية المفتى غصب اناء فضة أو ذهب فهشم فان شاء أخذه ولا شئ له غيره وان شاء ضمنه من خلاف الجنس وكذا آنية الصفر والرصاص والنحاس اذا كانت تباع وزنا انتهى (قوله ونحوهما) ينظر ما المراد بنحوهما حموى والظاهر ان المراد ما عدا القمقمة والقدر مما ذكره فى منية المفتى من نحو آنية الصفر والرصاص (قوله ثم ليس المراد بالوزنى الخ) لانه بهذا التفسير قد يكون قيميا كالقمقمة (قوله بل يكون مقابلته الخ) هذا ضابط للوزنى الذى يكون مثليا ابدا ولو اقتصر فى ضابط الوزنى الذى لا يكون الا مثليا على قوله وهو ما تكون مقابلته بالثمن مبنيا على الوزن اذا كان مما لا يختلف بالصنعة لكفاه (قوله مبنيا على الكيل الخ) فان قلت كيف كان مقابلته الوزنى بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد قلت فى كلامه حذف دل عليه قوله مثلا والتقدير ليس المراد بالوزنى والكيلى والعددى ما يوزن ويكال ويعد بل ما يكون مقابلته بالثمن الخ (قوله أما غير مصنوع) كتبر وقطعة نقرة فضة (قوله من غير أن يقال تباع الغنم عشرة بكذا) ايضاح لقوله ولا يراد هنا الخ والتقدير ولا يراد بالعدديات هنا ما يكون مقابلته الخ (قوله اذ من الموزونات ما ليس بمثلى كالموزون الذى فى تبعيضه ضرر) ذكر فى العناية أن الصنعة غير متقومة فى جميع الاحوال لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها وانما تتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا لانا لو أوجبنا عليه مثل القيمة من جنسه أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنه كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا وان وجد صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية الخ والقلب من السوار ما كان مفتولا من طاقين مختار (قوله فان ادعى هلاكه الخ) يعنى بعد ما أقر أو شهدوا عليه باقراره بالغصب وكذا لو شهدوا على معاينة فعل الغصب على الاصح وتصح هذه الدعوى والشهادة للضرورة لامتناع الغاصب عادة من احضار المغصوب وحين الغصب انما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فيسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل العذر شرنبلالية عن النهاية ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وبرهنا فبرهان الغاصب أولى خلافا للثانى ولو اختلفا فى القيمة وبرهنا فالبينة للمالك (قوله حبسه الحاكم) فان قيل ذكر فى الذخيرة أن الغاصب اذا غيب المغصوب قضى عليه بالقيمة من غير حبس قيل فى المسئلة روايتان وقيل المذكور فى الذخيرة جواب الجواز والمذكور فى الكتاب جواب الافضل عناية (قوله هذا اذا لم يرض المالك الخ) هذا احد قولين كما فى القهستانى عن المحيط ونصه لو رضى المالك بالقيمة قبل الحبس لم يقض بها عليه الخ وقوله لم يقض بها عليه أى لا يجوز كما يدل عليه سياق كلامه وفيه مخالفة لما سبق عن العناية (قوله موكول الى رأى القاضى) أى مفوض كحبس الغريم فى الدين (قوله فيما ينقل) أى لا فى غيره والقصر مستفاد من تعريف المبتدا بلام الجنس فانه يفيد قصره فى الخبر ويتحقق الغصب فى المنقول بالنقل ولا يتحقق بدونه على الصحيح كما سبق لكن ما لم يتصرف فيه تصرف المالك فاذا تصرف

كالقمقمة والقدر ونحوهما ثم ليس المراد بالوزنى مثلا ما يوزن عند البيع بل يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل أو الوزن أو العدد ولا يختلف بالصنعة حتى لو اختلف كالقمقمة والقدر فلا يكون مثليا ثم ما لا يختلف بالصنعة اما غير مصنوع أو مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير والفلوس وكل ذلك مثلى وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم فى كتبهم ولا احتياج الى ذلك فما يوجد له مثل فى الاسواق بلا تفاوت يعتد به فهو مثلى وما ليس كذلك فهو من ذوات القيم ثم معنى العدديات المتفاوتة الشئ الذى يعد وتكون افراده متفاوتة ولا يراد هنا ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على العدد كالحيوان مثلا فانه يعد عند البيع من غير أن يقال تباع الغنم عشرة بكذا وأما العددى الغير المتفاوت مثل الجوز والبيض والفلس فهو كالمكيل وفائدة التشبيه بالمكيل دون الموزون ان من الموزونات ما ليس بمثلى كالموزون الذى فى تبعيضه ضرر وهو الطشت والقماقم ونحوهما من المصنوعات كذا فى شرح الاصل (فان ادعى) الغاصب (هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقى لاظهره ثم) اذا لم يظهره (قضى عليه ببدله) أى المثل أو القيمة هذا اذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة أما اذا رضى فانه يقضى ولا يتلوم ومدة التلوم موكولة الى رأى القاضى (والغصب) ثابت (فيما ينقل) ويحول (فان غصب عقارا) أى ضيعة وقيل كلما كان له اصل كالدار كذا فى المغرب (وهلك فى يده) بان صار بحرا أو سبخة أو نحوهما (لم يضمنه) الغاصب عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف الآخر

وقال محمد يضمنه وهو قول ابى يوسف الاول واليه قال الشافعى (ومانقص بسكناه) وعمله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة (وزراعته ضمن النقصان كما فى النقلى) أى يضمن النقصان فى الصورتين كما يضمن النقصان فى المغصوب النقلى فيما اذا انتقص عند الغاصب مطلقا سواء كان بفعله أو بغير فعله كالعور والشلل وذهاب السمع والبصر وانما قال بسكناه لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لابسبب سكناه وعمله لاضمان عليه عند ابى حنيفة وفى القول الآخر عن ابى يوسف كذا فى غصب المبسوط وقال نصير بن يحيى فى نقصان الارض انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت مابينهما نقصانها وقال محمد بن مسلمة ينظر بكم تشترى قبل استعمالها وبكم تشترى بعده فتفاوت مابينهما نقصان الارض كذا فى النهاية ثم النقصان أنواع اربعة بتراجع السعر و بفوات جزء من العين و بفوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد والاذن فى العبد والصياغة فى الذهب واليبس فى الحنطة و بفوات المعنى المرغوب فى العين فالاول لايوجب الضمان فى جميع الاحوال اذا ردّ العين فى مكان الغصب والثانى يوجب الضمان فى جميع الاحوال والثالث يوجب الضمان فى غير اموال الربا أما فى الربا نحو ان يغصب حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فتهشم فى يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولاشئ له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا وقال الشافعى له ان يضمن النقصان والرابع وهو فوات المعنى المرغوب فى العين كالعبد المحترف اذا نسى الحرفة فى يد الغاصب أو كان شابا فشاخ فى يده يوجب الضمان أيضا هذا اذا كان النقصان قليلا أما اذا كان كثيرا فيخير المالك بين الاخذ و بين تركه مع اخذ جميع قيمته وستعرف الحد الفاصل بينهما فى مسئلة الخرق اليسير والفاحش وهذا اذا ردّه فى مكان الغصب أما اذا كان فى غيره مكان الغصب فالمالك بالخيار بين اخذ القيمة و بين الانتظار الى ردّه

قيل يكون غاصبا بدون النقل شرنبلالية قيل النقل والتحويل واحد وقيل التحويل النقل من مكان الى مكان آخر والنقل يستعمل بدون الاثبات فى مكان آخر درى فعلى الاول يكون عطف وحول من عطف المرادف وعلى الثانى من عطف الاخص على الاعم (قوله وقال محمد يضمنه) وبقوله يفتى فى الوقف در عن العينى قال وذكر ظهير الدين الفتوى فى غصب العقار والدور الموقوفة بالضمان وان الفتوى فى غصب منافع الوقف بالضمان وفى فوائد صاحب المحيط اشترى دارا وسكنها ثم ظهر انها وقف أو لصغير لزمه أجر المثل صيانة لمال الوقف والصغير قال الاستروشنى وعماد الدين والاصح أن العقار يضمن بالبيع والتسليم وبالجحود فى الوديعة وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وفى الاشباه العقار لايضمن الا فى مسائل وعد هذه الثلاثة قال فى الشرنبلالية ينظر مالو عطل المنفعة هل يضمن الاجرة كما لو سكن انتهى (قوله وعمله) عطف تفسير على قوله بسكناه حموى (قوله بأن كان عمله الحدادة أو القصارة) صريح فى أن المراد بالعمل عمل يوهن البناء لامطلقا ويلزم من جعل العطف فى العمل على السكنى للتفسير كما ذكره السيد الحموى أن يكون المراد بالسكنى مايفضى الى انهدام البناء لامطلقا وسيأتى فى كلام الشارح مايدل على ذلك أيضا وهو قوله وانما قال بسكناه لانه اذا انهدمت الدار الخ (قوله ضمن النقصان) وهذا بالاجماع والفرق لهما انه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولايشترط لضمان الاتلاف أن يكون فى يده الاترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لايضمن الا بالحصول فى اليد زيلعى (قوله فى الصورتين) أى النقص بالسكنى والزراعة حموى (قوله وقال محمد بن سلمة الخ) قيل رجع محمد ابن سلمة الى قول نصير كذا فى النهاية وقال فى التبيين وهو يعنى قول محمد بن سلمة الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة كذا فى الشرنبلالية ثم الغاصب يأخذ رأس ماله وهو البذر قال فى الدر وصححه فى المجتبى وعن الثانى مثل بذره وفى الصيرفية وهو المختار ويأخذ ما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابى حنيفة ومحمد صورته زرع كرين فأخرجت الارض ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ أربعة أكرار ويتصدق بالباقى وقال ابو يوسف لايتصدق بشئ وسيأتى بيان الوجه من الجانبين (قوله أو كان شابا فشاخ الخ) كذا فى الاختيار ونصه ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه ولاشئ للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به ولو كان شابا فصار شيخا أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان والشلل والعرج وذهاب السمع والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والاباق والسرقة والجنون عيب يوجب النقصان اذا حدث عند الغاصب ضمنها انتهى لكن ذكر القهستانى مايخالفه حيث قال غصب صبيا فصار ملتحيا عنده فانه يأخذه بلاضمان (قوله هذا اذا كان النقصان قليلا) راجع للنوع الثانى وهو ما اذا حصل النقصان بفوات جزء من العين فان كان النقصان قليلا أخذه ورجع بالنقصان وان كان كثيرا يتخير بين أخذه والرجوع بالنقصان و بين أن يتركه على الغاصب ويرجع بجميع القيمة الى هذا أشار شيخنا ومنه يظهر مافى كلام الشارح من الايهام (قوله وهذا اذا رده فى مكان الغصب) راجع للنوع الاول وهو ما اذا حصل النقصان بتراجع السعر أى عدم ضمان النقصان الحاصل بتراجع السعر مقيد بما اذا رده فى مكان الغصب قال فى الدرر اذا ردّ المغصوب الى مالكه بعد نقصان السعر فاذا كان الرد فى مكان الغصب فلاضمان عليه لان تراجعه بفتور الرغبات لا بفوات جزء وان لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة أو ينتظر الى الذهاب الى ذلك المكان ليسترده لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله فكان له ان يلتزم الضرر و يطالب بالقيمة وله ان ينتظر انتهى وقوله فكان له ان يلتزم الضرر أى للغاصب ان يلتزم الضرر اذا اختار اخذ قيمة المغصوب فى مكان الغصب يوم الخصومة وان فرض المسئلة على كون القيمة فى بلد الخصومة أقل كما ذكره عزمى لكن كان الظاهر ان يقول فكان له ان يلزمه الضرر أى للمالك ان يلزم الغاصب الضرر على مالايخفى (قوله فالمالك بالخيار بين أخذ القيمة و بين الانتظار الى رده

الى مكان الغصب) اراد بالقيمة قيمة المغصوب فى مكان الغصب يوم الخصومة على ماصرح به فى العمادية وأيضا المذكور فيها هو التخيير بين ثلاثة أشياء والثالث هو الرضا به فلا يذهب عليك مافى كلام الشارح من الاجمال المخل عزمى (قوله أى ان غصب عبدا فأجره الخ) كذا لو استعاره وأجره لانه يصير به غاصبا والمراد نقصان العين لا القيمة بتراجع السعر شرنبلالية (قوله وتصدق بالغلة عندهما) أى وجوبا قهستانى أصله ان الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذى جعل منافع العبد مالا بعقده فكان هو أولى ببدلها ويؤمر ان يتصدق بها لاستفادتها بسبب خبيث وهو التصرف فى مال الغير درر وكان ينبغى ان يتصدق بما زاد على ماضمن عندهما لا بالغلة كلها كذا فى التبيين قال العلامة المقدسى قلت يحمل على انه لم ينقص حموى وأقول ذكر فى الدر معزيا الى المنح انه يتصدق بكل الغلة حيث كان غنيا وهو الصحيح كما فى البزازية خلافا لما فى الملتقى من انه يتصدق بالباقى انتهى فجواب المقدسى ساقط والتقييد بالغنى للاحتراز عن الفقير فانه لا يتصدق كما فى الاختيار يعنى لا يؤمر بالتصدق واعلم ان بعضهم ذكر مانصه وهذا اذا كان النقصان فى العين وكان غير ربوى زيلعى وهذا وان كان صحيحا بالنسبة لقول المصنف وان استغله الخ لشموله لما اذا كان المغصوب الذى استغله الغاصب ربويا لكن لا يحسن ذكره بالنسبة لقول الشارح أى ان غصب عبدا الخ فتنبه (قوله وعند أبى يوسف لا يتصدق) وهذا قول أبى يوسف الاول له ماروى انه عليه السلام نهى عن ربح مالم يضمن وهذا ربح ماهو مضمون فيطيب له وجه قولهما انه مستفاد بسبب خبيث وهو التصرف فى ملك الغير والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد فى يد الغاصب حتى ضمن قيمته له ان يستعين بالغلة فى اداء الضمان فان بقى شئ من الغلة تصدق به ووجه جواز الاستعانة بالغلة فى اداء الضمان ان الغلة ملك الغاصب والخبث لحق المالك والتصدق بها لم يكن حتما ولهذا لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناولها وان كان غنيا وهو الصحيح لزوال الخبث بوصولها اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك فى يد المشترى ثم استحق حيث لا يستعين الغاصب بالغلة فى اداء الثمن لان الخبث فى الغلة الحاصلة قبل البيع لم يكن لحق المشترى فلا يزول بالوصول اليه كذا ذكره الديرى فان قلت قوله والتصدق بها لم يكن حتما مخالف لما قدمناه عن القهستانى من كون التصدق واجبا قلت ماذكره القهستانى من الوجوب يحمل على اذا لم يرده الى مالكه كما يستفاد من كلامه (قوله كما لو تصرف الغاصب الخ) قال الزيلعى فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب (قوله يتصدق بالربح عندهما) ظاهر هذا الاطلاق انه لا فرق فى الامر بالتصدق بين ما يتعين كالعروض ونحوها ومالا يتعين لكن قال فى الدر وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه كالعروض ونحوها لان العقد يتعلق به امافيما لا يتعين كالدراهم والدنانير ففى الجامع الصغير اذا اشترى بها فانه يتصدق بالربح يعنى اذا أشار اليها ونقد منها وأما اذا أشار اليها ونقد من غيرها او أطلق ونقد منها أو أشار الى غيرها ونقد منها يطيب له لان الاشارة اليها لا تفيد التعيين فيستوى وجودها وعدمها الا ان يتأكد بالنقد منها وبه كان يفتى أبو الليث وفى الكافى قال لا يطيب بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب فى الجامعين والمضاربة انتهى أى كتاب المضاربة من المبسوط كما ذكره الوانى والظاهر ان المراد بالجامعين الجامع الكبير والصغير للامام محمد قال فى الشرنبلالية كذا ذكر الزيلعى هذا التقسيم عن الكرخى على أربعة أوجه وذكر الاختيار المذكور أيضا ثم قال واختار بعضهم الفتوى بقول الكرخى فى زماننا لكثرة الحرام انتهى والاختلاف فى التصدق محله ما اذا صار بالتقلب من جنس ماضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار فى يده من بدل المضمون دراهم وان كان من غيرها كطعام وعروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس (قوله وملك الخ) أما الضمان فى صورة التغيير وزوال الاسم فلكونه متعديا وأما الملك فلانه أحدث صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذا قيمة الحنطة تزداد

الى مكان الغصب (وان استغله تصدق بالغلة) أى ان غصب عبدا فأجره فأخذ اجرته فنقصته الاجرة ضمن وتصدق بالغلة عندهما وعند ابى يوسف لا يتصدق (كما لو تصرف الغاصب (فى) المال المغصوب والمودع فى مال (الوديعة) والمستعير فى المستعار (وربح) يتصدق بالربح عندهما وان ملكه وعند ابى يوسف يطيب له الربح وعند الشافعى لا يملكه (و) ان غصب (ملك بلا حل انتفاع قبل اداء الضمان) وقبل الابراء وتضمين المالك أو الحاكم القيمة

بطبخها واحداثها صير حق المالك هالكا من وجه حتى تبدل الاسم وفات أعظم المنافع وحق الغاصب قائم من كل وجه فيكون راجحا على المالك من وجه على ما تقرر في الاصول وكذا يثبت الملك للغاصب اذا اختلط بملكه بحيث لا يمكن التمييز أصلا او الا بحرج درر وزيلعي وأما اذا غصب ثوبا فصبغه بعصفر لم ينقطع حق المالك فيه وكان بالخيار على ما سيجيء لان عين الثوب قائم لم يتبدل اسمه عناية (قوله وبعد وجود واحد منها يحل) والقياس ثبوت الحل وان لم يوجد واحد مما ذكر قال في الدرر وهو رواية فلو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلكا يبتلعه حلالا في رواية وحراما على المعتمد حسما لمادة الفساد انتهى بقي ان يقال مقتضى قول الشارح وبعد وجود واحد منها يحل انه يكفي للحل وجوب البدل ولا يتوقف على الاداء بالفعل وهذا مذهب الامام ذكره القهستاني ونصه وشرط الطيب عنده وجوب البدل وعندهما أداؤه قال وعليه الفتوى كما في الخلاصة وغيرها انتهى واعلم ان ما جعله القهستاني مذهب الامام يخالفه ما سيأتي من قول الشارح ثم القياس وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة الخ (قوله بشي) متعلق بقوله ملك وسيذكر محترزه وفي التتارخانية وكل موضع ينقطع حق المالك فيه فالمغصوب منه أحق بذلك الشيء من سائر الغرماء حتى يستوفي حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب حموي والحاصل أنه اذا غصب شيئا وغيره بالتصرف فيه تصرفا أزال اسمه ومعظم منافعه فانه يضمنه الغاصب ويملكه بتقرر الضمان عليه واليه ذهب بعض المتقدمين وقال بعض المتأخرين سبب الملك الغصب عند أداء الضمان كما في المبسوط فلو أبى المالك عن أخذ القيمة وأراد أخذ العين لم يكن له ذلك كما في النهاية لكن حكى مفتي الثقلين ان الصحيح عند المحققين ان الملك انما يثبت للغاصب عند تراضي الخصمين بالضمان او قضاء القاضي به او أداء البدل كما في الذخيرة وغيرها شيخنا عن القهستاني وقوله وقال بعض المتأخرين سبب الملك الغصب عند أداء الضمان يتفرع عليه ما قدمناه عن الاختيار من ان الملك بأداء الضمان يثبت للغاصب مستندا الى وقت الغصب (قوله وشواها) قيد به لان مجرد ذبح الشاة ولو مع السلخ والتأريب لا يفوت به المقصود فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه كما في الزيلعي والتأريب تقطيعها أي جعلها قطعا كما أفاده الزيلعي وغيره خلافا للعيني حيث جعل تقطيع اللحم بعد ذبح الشاة كطبخه كما نبه عليه الشيخ شاهين (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك) لان العين باقية وفعله محظور فلا يناط به نعمة الملك ولنا انه استهلك العين من وجه ألا ترى ان المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات حتى صار له اسم آخر والمحظور لغيره لا يمنع ان يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك غير انه لا يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان كيلا يلزم فتح باب الغصوب ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ اطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع او لم يملكه لما قال ذلك كذا في الزيلعي والذي في الدرر أطعموها الاسرى قال في غاية البيان الاسرى او الاسارى شك الراوي (تتمة) روى أنه عليه السلام كان في ضيافة انصاري فقدم اليه شاة مصلية أي مشوية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال عليه السلام انها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة أخي ولو كان أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام أطعموها الاسارى قال محمد يعني المحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما بيان ان الغاصب قد ملكها ان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر حفظ عينه فلما أمره بالتصدق بها دل على انه ملكها وعلى حرمة الانتفاع قبل الارضاء كما في العناية وقوله والمحظور لغيره لا يمنع ان يكون سببا لحكم شرعي الخ جواب عن قوله ولا معتبر بفعله لانه محظور وتقريره ان لهذا الفعل جهتين جهة تفويت يد المالك عن المحل وهو محظور وجهة احداث صنعة متقومة وهو سبب من حيث هذه الجهة وقول العيني في سياق الاستدلال على ثبوت الملك للغاصب اذا غير المغصوب بقوله عليه السلام أطعموها الاسارى ولقد أفاد هذا الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء

صوابه

وبعد وجود واحد منها يحل (بشي) بأن غصب شاة وذبحها وشواها (وطبخ وطحن وزرع) بأن غصب حنطة وطحنها أو زرعها (واتخاذ سيف أو اناء) حال كون الاناء ملابسا (بغير الحجرين) أي الذهب والفضة هذا كله عندنا وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك

صوابه حذف الواو من قوله وزوال ملك المالك كما يشهد به السياق والسباق كذا ذكره شيخنا وأشار بقوله كما يشهد به السياق والسباق الى الاحتراز عما عساه يتوهم من صحة ثبوت الواو بناء على ان يقرأ الامر بالنصب على المفعولية لافادلانه وان كان محتملا وعليه فلا تصويب لكنه بعيد فيتعين رفعه على انه بدل من اسم الاشارة (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) غير أنه اذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده فى الاموال الربوية لانه يفضى الى الربا وعند الشافعى يضمنه وهو قول أحمد لان الاوصاف تابعة للعين والملك يبقى ببقاء العين وهى باقية ومذهب مالك يتخير المالك بين التضمين وأخذ العين بلا شئ وعن أبي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى به دين المغصوب منه يعنى ماوجب له عليه بالغصب من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق من سائر غرمائه عينى (قوله وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة الخ) لوجود الملك المطلق ولهذا ينفذ تصرفه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما استفيد من قوله عليه السلام أطعموها الاسارى كما سبق ولان فى اباحة الانتفاع فتح باب المعصية فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما فى البيع الفاسد درر (قوله للغاصب ان يأكل هذا الدقيق الخ) فعلى هذه الرواية عن الامام لا يشترط لحل الانتفاع أداء الضمان بالفعل بل يكفى فى ذلك وجوبه كما قدمناه عن القهستانى وذكرنا ما بينهما من المخالفة من حيث ان القهستانى جعل ذلك مذهب الامام ومقتضى جعل الشارح له رواية عن الامام ان يكون مذهبه توقف الحل على الاداء بالفعل (قوله لم يزل ملك مالكها عند أبى حنيفة الخ) لهما انه أحدث فيه صنعة متقومة كما سبق بيانه وله ان اسم الذهب والفضة لم يزل عنهما وكذا لا يزول معناهما وهو الثمنية فلا يكون فى حكم الهلاك على ان الصنعة غير متقومة فى الاموال الربوية ولهذا لو غصب قلبا وكسره ثم رده الى المالك لا يضمن ابن فرشته وقوله فرده يعنى وقبله اذله ان يختار عدم قبوله وتضمينه القيمة من خلاف جنسه كما سبق (قوله ببناء على ساحة) بالجيم والساحة بالحاء المهملة يأتى ذكرها شرنبلالية (قوله وزال ملك مالكها) هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمتها والا فلا وان كانت قيمتهما سواء فان اصطلحا على شئ جاز وان تنازعا يباع البناء ويقسم الثمن بينهما على قدر رمائهما ولو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة ان بعد القضاء بالقيمة لم يجز وان قبله قيل يجوز وقيل لا يجوز لما فيه من تضييع المال بغير فائدة شرنبلالية عن النهاية والبزازية والذخيرة ولم يظهر لى وجه ما ذكره من ان ثمن البناء يقسم بينهما مع ان البناء للغاصب فليراجع ثم ظهر لى ان فى العبارة سقطا والصواب وان تنازعا يباع البناء والساحة معا فتدبر (قوله وقال الشافعى للمالك أخذها ونقض البناء) كان الاولى تأخيره عن قوله وذكر الكرخى كما فعل الزيلعى ونص عبارته وقال الكرخى انما ينقطع حق المالك عن الساحة اذا بنى حولها وعند الشافعى لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساحته لانه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا فى الصحيح لان فى قلعه ضررا بالغاصب قال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمى او أدخل لوحا مغصوبا فى السفينة وكان فى لجج البحر انتهى وقيد بقوله وكان فى لجج البحر لانها اذا كانت واقفة كان له نزعه عنده فلا يصلح للاستشهاد عناية (قوله ولكن هذا ضعيف) الاشارة لما ذكره الكرخى لكن فى غاية البيان وكان الهندوانى يختار قول الكرخى ولفظ الحاكم يدل على صحة ما قال الكرخى الخ (قوله ولو ذبح شاة) اعلم ان ذبح الشاة من النقصان بفوات جزء من العين كذا ذكره شيخنا وهل ينقطع به حق المالك قال الاتقانى الصحيح انه لا ينقطع لان الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فاذا أربها أعضاء قالوا ينقطع حق المالك لانه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه لانها كانت تقصد للاكل وبعده لم يبطل هذا المعنى انتهى (قوله أو خرق ثوبا) لفظ الثوب محتمل لما يلبس كالقميص وهو ظاهر ولما لا يلبس

وهو رواية عن ابى يوسف ثم القياس
وهو قول زفر والحسن بن زياد ورواية
عن ابى حنيفة ان للغاصب ان يأكل
هذا الدقيق وينتفع به قبل ان يؤدى
الضمان وانما قيد بقوله بغير الحجرين
لانه لو غصب ذهبا أو فضة فضربها
دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك
مالكها عند ابى حنيفة ولا شئ
للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها (وبناء) أى ملك ولا حل انتفاع
قبل اداء الضمان ببناء (على ساحة)
وزال ملك مالكها ولزم الغاصب
قيمتها وقال الشافعى للمالك اخذها
ونقض البناء وذكر الكرخى ان وضع
المسئلة فيما اذا أدخل الساحة فى بنائه
بأن بنى حوالى الساحة واما اذا بنى
على الساحة فيهدم ولا يرد ولكن هذا
ضعيف كذا فى الكافى الساحة
بالجيم خشبة منحوتة مهيئة للاساس
عليها او نحوها بأن جعلها جذعا أو نحوه
وبنى عليها (ولو ذبح شاة) بغير اذن
مالكها (أو خرق ثوبا) مغصوبا خرقا
(فاحشا) يبطل عامة منفعته وقيل
بالتشديد لانه ينبئ عن المبالغة قال
فتح الابواب وفتح الابواب (ضمن)
المالك (القيمة وسلم المغصوب اليه)
أى الى الغاصب

كالكرباس شرنبلالية (قوله أوضمن النقصان وأخذه) هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا أحدث فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا زيلعى (قوله وكذا الدابة) يعنى المأكولة بدليل ما سيجىء (قوله هذا هو الظاهر) لانه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة فى الثوب فيخير زيلعى (قوله وروى الحسن الخ) لان الذبح والسلخ زيادة فيها لا انقطاع احتمال الموت حتف أنفها زيلعى (قوله ولو كانت الدابة غير مأكولة الخ) لانه استهلاك من كل وجه لانها بعد القطع لا تصلح للحمل ولا للركوب زيلعى وفى الدر ذكر أن الخيار ثابت فى غير المأكولة أيضا لكن اذا اختار ربها أخذها لا يضمنه شيئا قال وعليه الفتوى كما نقله المصنف عن العمادية الخ واعلم أن ماذكره فى الدر من كون الخيار ثابتا فى غير المأكولة أيضا مخالف لما استظهره الاتقانى على ما نقل عنه الشلبى ونصه وقال الاتقانى هذا الفرق بين مأكول اللحم وغيره فى قطع الطرف على ماذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار انتهى (قوله وبخلاف قطع طرف المملوك) لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع زيلعى قال الشلبى وفيه نظر وينبغى أن يقال لانه منتفع به بعد قطع طرفه فى بعض المنافع اه معزيا الى قارى الهداية (قوله وفى الخرق اليسير ضمن النقصان) لان الغصب عينه وهكذا الحكم فى كل عين من الاعيان الا فى الاموال الربوية فان تضمين النقصان يتعذر فيها لانه يؤدى الى الربا فيخير المالك بين أن يأخذ العين ولا يرجع بشئ على الغاصب وبين أن يسلم العين اليه ويضمنه مثله أو قيمته والى اخراج الاموال الربوية أشار بقوله أوخرق ثوبا لان الربا لا يجرى فيه ابن فرشته (قوله والصحيح أن الخرق الخ) وقيل الفاحش ما أوجب نقصان ربع القيمة وقيل نصفها وقيل الفاحش ما لا يصلح لثوب ما واليسير ما يصلح شرنبلالية عن النهاية (قوله وجنس المنفعة) بالجر عطفا على المضاف اليه وهو العين فيكون العامل فيه لفظ بعض لقوله بعده ويبقى بعض العين وبعض المنفعة شرنبلالية (قوله قلعا وردت) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أى ليس لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله زيلعى وفى العناية عن المغرب بتنوين عرق أى لذى عرق ظالم وهو الذى يغرس فى الارض على وجه الاغتصاب وقد روى بالاضافة أى ليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه انتهى (قوله وكان القاضى ابوعلى النسفى الخ) تعقبه العلامة قاسم فى حاشية شرح المجمع فلينظر حموى (قوله انه ذكر تفصيلا) وجرى على هذا التفصيل فى الدر حيث قال هذا اذا كانت قيمة الساحة اى بالحاء المهملة كما فى الشرنبلالية عن النهاية أكثر من قيمة البناء او الغرس واذا عكس فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة فيأخذها (قوله ان من كان بيده لؤلؤة الخ) او ادخل البقر رأسه فى قدر او اودع فصيلا فكبر فى بيت المودع ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار او سقط دينار فى محبرة غيره ولم يمكن اخراجه الا بكسرها ونحو ذلك يضمن صاحب الاكثر قيمة الاقل والاصل ان الضرر الاشد يزال بالاخف درعن الاشباه قال ولو ابتلع لؤلؤة فمات لا يشق بطنه لان حرمة الآدمى اعظم من حرمة المال وقيمتها فى تركته وجوزه الشافعى قياسا على الشق لاخراج الولد قلت وقدمنا فى الجنائز عن الفتح انه يشق ايضا فلا خلاف وفى تنوير البصائر انه الاصح (قوله يوم يقلعه الخ) فتقوم اى الارض بدونهما اى بدون البناء والغرس ومع احدهما حال كونه مستحق القلع فيضمن الفضل فان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمتهما مقلوعا فقيمة المقلوع اذا انقص منها اجرة القلع كان الباقى قيمة الشجر المستحق القلع فاذا كانت قيمة الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقى تسعة دراهم فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة درر (قوله ولا قيمة بناء او شجر مقلوع) لكن ظاهر قول المصنف مقلوعا انه يضمن قيمته مقلوعا على الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا ولبنا وحجارة مكومة على الارض حموى (قوله وان غصب ثوبا الخ)

(أوضمن النقصان) وأخذه وكذا الدابة وكذا اذا قطع يدها أو رجلها هذا هو الظاهر وروى الحسن عن ابى حنيفة انه لا يضمنه شيئا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمن جميع قيمتها بخلاف ما اذا قطع اذن الدابة أوذنبها يضمن النقصان وبخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذ المملوك مع ارش العضو المقطوع (وفى الخرق اليسير ضمن النقصان) واخذ الثوب والصحيح ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة وذلك مثل قطع الثوب قميصا وفات به جنس منفعة القباء والجبة وبقى جنس منفعة القميص واليسير ما لا يفوت به شئ من جنس المنفعة (ولو غرس أو بنى فى ارض الغير قلعا وردت) الارض الى مالكها ان طلب كذا فى المحيط والذخيرة وكان القاضى ابوعلى النسفى يحكى عن شيخه ابى الحسن الكرخى رحمه الله انه ذكر تفصيلا فقال اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الارض لا يؤمر الغاصب بقلع ذلك بل يضمن قيمة الارض وان كانت اقل فكما ذكر فى الكتاب وقال مشايخنا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد منها ان من كان بيده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة انسان فانه ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة بين ان يأخذ الدجاجة ويضمن قيمتها وبين ان يترك اللؤلؤة ويأخذ قيمتها (وان نقصت الارض بالقلع ضمن) مالك الارض (له) أى للغاصب (البناء والغرس) أى قيمتهما ان شاء حال كون كل واحد منهما (مقلوعا ويكون) كلاهما (له) معناه يضمن قيمة بناء أو شجر يوم يقلعه لا قيمة بناء أو شجر ثابت فى الارض ولا قيمة بناء أو شجر مقلوع (وان) غصب ثوبا ثم (صبغ)

فلو

فلو صبغه احمر فنقص كأن كانت قيمته ثلاثين فصارت عشرين فعند محمد ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة لان له عشرة وعليه للغاصب خمسة قيمة صبغه فالخمسة بالخمسة ويرجع بما بقى من النقص كذا رواه هشام عن محمد وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه ان يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ ولم يصل له به الا تلف ماله كذا فى الزيلعى وغيره فان قلت فى ايجاب قيمة الصبغ على رب الثوب مع ان قيمة الثوب انتقصت بسبب الصبغ مخالفة لما فى الدرر حيث ذكر ان رب الثوب اذا اختار اخذه يأخذه ولا شئ للغاصب من اجر الصبغ لانه نقص انتهى قلت ماذكره فى الدرر يحمل على ما اذا صبغ بما يكون تنقيصا لقيمة الثوب ولهذا وضع المسئلة فيما اذا اصبغه بالسواد فلا ينافى ما قبله لانه مفروض فيما اذا صبغ بما يوجب الزيادة وان كانت قيمة الثوب انتقصت بسبب الصبغ فالنقص لم يكن لمعنى فى الصبغ بل لمعنى فى الثوب بدليل ما فى الهداية من قوله وكان ثوبا تنقصه الحمرة وقوله فعن محمد ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمرة فلا اشكال فتدبر (قوله احمر) لو ابقى المتن على اطلاقه لكان اولى اذ لا عبرة للالوان بل لحقيقة الزيادة والنقصان لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص كما فى الدرر والزيلعى (قوله وغرم ما زاد الخ) لان الصبغ مال متقوم وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صون حقهما ورب الثوب والسويق اولى بالتخيير لانه رب اصل وللآخر وصف قائم بالاصل تخير لتعذر التمييز بخلاف البناء لان له وجودا بعد النقص والصبغ يتلاشى بالغسل وبخلاف ما لو انصبغ بغير فعله بالنارنج لا يخير بل يؤمر رب الثوب بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية من ربه وقال ابو عصمة ان شاء رب الثوب باع الثوب وضرب كل بقيمة ماله وحكم اللت كالصبغ زيلعى وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزى تلميذ ابى يوسف (قوله والاضافة التقديرية الخ) انما تتأتى هذه الاضافة التقديرية على تقدير ان تكون ما مصدرية لا موصولة اسمية حموى (قوله فيلزم عليه الصبغ) اى قيمة الصبغ وتعتبر قيمة الصبغ يوم الخصومة لا يوم الاتصال بالثوب شلبى (قوله وقال الشافعى فى الثوب الخ) قاس الصبغ على الغرس والبناء فى الارض وجوابه ما مر من الفرق (فرع) رجل استهلك شيئا لزمه ضمان شيئين كما اذا استهلك مصراعا من مصراعى باب او نعلا من نعلين فانه يضمن نعلين ومصراعين ذكره ابن العز فى ألغازه

(فصل) (قوله لكان اولى) مبنى الاولوية على كون الفعل مبنيا للمعلوم وليس فى كلام المصنف ما يعينه فيجوز بناؤه للمجهول وحينئذ يفيد ما اذا كان بفعل الغاصب اولا بفعله فلا اولوية كذا ذكره شيخنا وهذا على تسليم ما ذكره الشارح من الاولوية بناء على كون بناء الفعل للمعلوم متعينا والا فقد نظر السيد الحموى فى كلام الشارح بقوله فى الاولوية نظر فانه لو قال ذلك لم يعلم منه حكم ما لو غيبه بخلاف ما عبر به المصنف فانه يعلم منه حكم ما لو غاب بالطريق الاولى انتهى اذا علمت هذا ظهر لك ما فى كلام بعضهم حيث وجه الاولوية التى ذكرها الشارح بقوله لانه اذا ملكه فيما اذا غاب بغير صنعه علم الحكم فيما اذا كان بصنعه بالطريق الاولى انتهى (قوله وضمن المالك قيمته) مزج الشارح يقتضى ان يقرأ ضمن بتشديد الميم والذى بخط الحموى وضمن للمالك قيمته بتخفيف الميم من ضمن قال والتشديد يوجب تفكيك الضمير واعلم ان للقاضى ان يأخذ القيمة من الغاصب عند غيبة المالك فان ضاع فالضمان على الغاصب (قوله ملكه) جواب شرط مقدر حموى وبالضمان يثبت له الملك مستندا الى وقت الغصب فتسلم له الاكساب لا الاولاد در عن الملتقى ولا يراد بكون الغصب سببا للملك عند اداء الضمان انه يوجبه مطلقا بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر أثره فى ثبوت الزيادة المنفصلة كذا فى العناية قال الزيلعى ونحن لا نجعل الغصب سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت

احمر (او) سويقا (لت السويق
بسمن) أى لته به وخلطه (ضمنه)
المالك (قيمة ثوب ابيض ومثل السويق
او أخذهما) المالك (وغرم مازاد
الصبغ والسمن) أى زيادة الصبغ
والسمن والاضافة التقديرية بيانية
فيلزم عليه الصبغ والسمن وقال
الشافعى فى الثوب لمالكه ان يمسكه
ويأمر الغاصب بازالة الصبغ عن ثوبه
بالغسل بقدر الامكان ويضمنه
نقصان الثوب ان انتقص بذلك ثوبه
(فصل غيب) الغاصب (المغصوب)
ولو قال اذا غاب المغصوب لكان اولى
(وضمن) المالك (قيمته ملكه)
الغاصب وكذا ملكه باداء الضمان
او بحكم القاضى عليه بالضمان

الملك به للغاصب شرط القضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصلة بخلاف البيع الموقوف والذى فيه الخيار حيث تملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه انتهى (قوله وقال الشافعى لا يملكه) لان الغصب عدوان محض ليس فيه شبهة الاباحة فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان المالك ملك البدل فوجب ان يزول المبدل عن ملكه لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد زيلعى ووجب ان يدخل فى ملك الغاصب والا لزم ثبوت الملك بلا مالك درر وللشرنبلالى هنا كلام (قوله اى اذا أقام المالك البينة الخ) هذا خلاف المتبادر من كلام المصنف والمتبادر عن كلامه انهما اذا اختلفا فى القيمة ولا بينة لهما فالقول قول الغاصب لانه منكر للزيادة واذا كان لهما بينة فالبينة بينة المالك لانها مثبتة للزيادة دون الغاصب لان بينته تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل حموى ولا يشترط فى دعوى المالك ذكر أوصاف المغصوب بخلاف سائر الدعاوى شرنبلالية عن النهاية وسبق (قوله قيل لا تقبل) لانها تنفى الزيادة وبينة النفى لا تقبل (قوله وقيل ينبغى ان تقبل) لاسقاط اليمين كمودع ادّعى رد الوديعة وبعضهم فرق بينهما وهو الصحيح اذ بينة المودع تندفع عنه الخصومة وبينة الغاصب لا تندفع بل يطالب بالقيمة قيل وفيه نظر اذ ليس المراد من بينة الغاصب الا اسقاط اليمين على الزيادة واذا حصلت له هذه الفائدة صار فى معنى المودع قال الحموى نقلا عن المقدسى والفرق ظاهر لتوجه الخصومة ووجوب القيمة فى الغصب انتهى ومافى الخلاصة من قوله أراد الغاصب اقامة البينة على قيمته فقال المالك احلفه ولا أريد البينة له ذلك انتهى يبتنى على ماهو الراجح من عدم قبول بينة الغاصب مطلقا حتى لاسقاط اليمين عن نفسه واذ قد عرفت ان الراجح عدم قبول بينة الغاصب مطلقا حتى لاسقاط اليمين عن نفسه فما فى النهاية من قوله لا تقبل بينة الغاصب لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل صحيح ولا اشكال فيه خلافا لما فى الشرنبلالية (قوله وقيمته أكثر) وان قل كدانق فى ألف درهم كما فى الزاهدى قهستانى (قوله ولا خيار للمالك) لرضاه حيث ادّعى هذا المقدار فقط در (قوله فان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضى الضمان الخ) وهذا الاخلاف للكرخى فيه كما يعلم من كلام العينى والزيلعى اذ الكلام فيما اذا ظهر وقيمته أكثر بخلاف ما اذا ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقل فانه محل الخلاف فعند الكرخى لا خيار له وظاهر الرواية انه يخير أيضا وبهذا تعلم ما فى كلام الشارح من الخلل (قوله أو يأخذ المغصوب) ولا خيار للغاصب ولو قيمته أقل للزومه باقراره ذكره الوانى نعم متى ملكه بالضمان فله خيار عيب ورؤية مجتبى كذا فى الدر (قوله ويرد العوض) وللغاصب حبس العين حتى يأخذ القيمة شرنبلالية (قوله فى ظاهر الرواية الخ) هذا لا يحسن تعلقه بما ذكره المصنف لما علمت من ان ثبوت الخيار للمالك فيما اذا ظهر وقيمته أكثر لا خلاف للكرخى فيه والظاهر ان ذلك يتعلق بكلام سقط من كلام الشارح هو وان ظهر وقيمته مثل ما ضمن الغاصب او أقل فكذا يتخير المالك أيضا فى ظاهر الرواية وهو الاصح وقال الكرخى لا خيار له (قوله وهو الاصح) لان رضاه بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة وانما أخذ دونها لعدم البينة درر ومن هنا قال القهستانى لو حذف المصنف قوله وقيمته اكثر لكان أولى (قوله وقال الكرخى لا خيار له) يعنى فيما اذا ظهر وقيمته مثل ما ضمنه الغاصب او أقل خلافا لما يظهر من كلام الشارح ووجه ماذهب اليه الكرخى من أنه لا خيار له ما ذكره السيد الحموى من أنه توفر عليه بدل ملكه بكماله ورد بان ثبوت الخيار لفوات الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعطه ما يدعيه وجاز ان تكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين لا عنده هو فلا يرضى به بدلا وقد لا يرضى أحد بزوال ملكه بالقيمة انتهى (قوله فضمنه المالك نفذ بيعه) قيد نفاذ بيعه بتضمين المالك احترازا عما لو باعه الغاصب فباعه المالك من الغاصب أو وهبه له او مات المالك والغاصب وارثه فان بيع الغاصب يبطل فى هذه الصور لانه طرأ ملك بات على موقوف على أداء الضمان فأبطله كذا بخط شيخنا (قوله وان

وقال الشافعى لا يملكه فلو كان
قريب الغاصب يعتق عليه باداء
الضمان عندنا وعنده لا يعتق (والقول
فى القيمة للغاصب مع يمينه والبينة
للمالك) أى اذا اقام المالك البينة على
زيادة قيمة المغصوب تقبل بينته ولا
يلتفت الى قول الغاصب ثم اذا لم يكن
للمالك بينة وجاء الغاصب ببينة ان
قيمته كذا وكذا ورب الثوب يطلب
يمين الغاصب هل تقبل بينة الغاصب
قيل لا تقبل وقيل ينبغى ان تقبل
بينته كذا فى الاصل (فان ظهر)
المغصوب بعد التضمين (وقيمته اكثر)
مما ادّعى الغاصب (و) الحال انه (قد
ضمنه بقول المالك او ببينة) اقامها
المالك (او بنكول الغاصب) عن
اليمين (فهو) اى المغصوب (للغاصب
ولا خيار للمالك) (فان ضمنه بيمين
الغاصب فالمالك يمضى الضمان او يأخذ
المغصوب ويرد العوض) فى ظاهر
الرواية وهو الاصح وقال الكرخى
لا خيار له (وان باع المغصوب فضمنه
المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه
لا) يعتق (وزوائد المغصوب امانة
فى يد الغاصب مطلقا متصلة كانت
كالسمن والجمال والصوف او منفصلة
كالولد والدر واللبن والبيض وثمرة
البستان المغصوب) قوله

حرره ثم ضمنه لا) والفرق ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك فى حق الاولاد و يظهر فى حق الاكساب فيكون ناقصا اذ لو كان تاما لكانت الاولاد له بأداء الضمان فان من اشترى جارية قبل أداء الثمن تكون الاولاد للمشترى لتمام الملك والملك الناقص يكفى لنفوذ البيع ألا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولو أعتق المشترى من الغاصب نفذ باجازة المالك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة فى الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام ان الاشهاد يشترط فى النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة زيلعى وديرى (قوله فتضمن بالتعدى) فلو قتله الغاصب ضمنه مع الزيادة ابن فرشته (قوله والزيادة متصلة) قيد بالمتصلة لان المنفصلة مضمونة بالبيع والتسليم اتفاقا لانها كانت أمانة فى يده وبالتسليم الى الغير صار متعديا فيها وقيد بالتسليم لانه لو باعها ولم يسلم لم يضمن اتفاقا قال الديرى فان قيل اذا غصب حاملا ينبغى ان يضمن الولد لان الغصب ورد على جميع أجزائها والولد جزء منها أجيب بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا فى الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير الخ (قوله وليس له ان يضمن البائع بالبيع والتسليم الخ) المراد بالبائع الغاصب وعبارته توهم خلاف ذلك وحينئذ فكان الاولى ان يقول وليس له ان يضمن الغاصب حموى (قوله وقالا له ان يضمن الخ) لانه بالتسليم فوت على المالك مكنة استرداده المغصوب مع الزيادة فصار متعديا فيها فيضمنها كما يضمن المنفصلة وله ان البيع لم يرد على الزيادة لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن فلا يضمن بخلاف المنفصلة لانها مقصودة بالبيع فكان لها حصة من الثمن ولانه لا يمكن تضمين الزيادة مع الاصل لان ضمان الاصل واجب بالغصب فلا يتصور ايجابه بالتسليم لان اثبات الثابت مستحيل ولا يمكن تضمينها بدون الاصل لانها تبقى ببقاء الاصل فلا تنفرد عن الاصل بضمان فامتنع التضمين ضرورة ابن فرشته وديرى (قوله وما نقصت الجارية الخ) أى انتقصت لان نقص يجئ لازما ومتعديا وههنا الازم ابن فرشته (قوله مضمون) لانها دخلت فى ضمانه بجميع أجزائها والجزء معتبر بالكل ديرى (قوله لا فى النقصان ولا فى الهلاك) صوابه لا فى الحياة ولا فى الهلاك حموى وفى التصويب نظر (قوله ويجبر بولدها) فان مات الولد فعليه ان يردها ويرد ما نقصته الولادة ولا شئ عليه من قيمة الولد وان ماتت وبالولد وفاء بقيمتها كفى هو الصحيح در عن الاختيار وفى الشرنبلالية عن النهاية عليه رد قيمتها يوم الغصب كاملة فى ظاهر الرواية (قوله ان كان فى قيمة الولد وفاء به ويسقط ضمانه الخ) والا فيسقط بحسابه درر (قوله وقال زفر والشافعى لا يجبر النقصان) لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق فلا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت هداية (قوله وكذا اذا قطع قوائم شجر انسان الخ) أى على هذا الخلاف بيننا وبين زفر والشافعى كمسئلة المتن كذا بخط شيخنا (قوله فازدادت قيمته بسبب الخصاء) اعلم ان الخصاء ليس زيادة لانه غرض الفسقة ولهذا لو غصب خصيا وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى انه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وزادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد المخصى بل يخير ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك المخصى للغاصب وان شاء أخذه ولا شئ له غيره كما فى النهاية عن التتمة وقاضيخان زيلعى (قوله ولو زنى الغاصب أو غيره الخ) أشار الشارح بزيادة أو غيره الى أن التقييد بزنى الغاصب فى كلام المصنف كصاحب الدرر اتفاقى والتقييد بالزنى للاحتراز عما لو كان الحبل من زوج لها أو من المولى حيث لا يضمن اتفاقا ابن فرشته (قوله فماتت بالولادة) يعنى ماتت بسبب الولادة لا على فورها ولهذا قال فى النهاية

(فتضمن بالتعدى) اى من الغاصب
تفريع على قوله امانة (او بالمنع بعد
طلب المالك) مع قدرة التسليم وقال
الشافعى زوائد الغصب مضمونة مطلقا
ولو باع الغاصب الاصل والزيادة وسلم
والزيادة متصلة فان كان قائما اخذه
صاحبه وان كان هالكا فهو بالخيار
ان شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب
وان شاء ضمن المشترى قيمته يوم القبض
وليس له ان يضمن البائع بالبيع
والتسليم قيمة زائدة عند ابى حنيفة
وقالا له ان يضمن البائع بالبيع
والتسليم قيمة زائدة (وما نقصت)
الجارية (بالولادة) فى يد الغاصب
(مضمون) هذا اذا حدث الحبل فى يد
الغاصب من غير المولى والزوج اما اذا
كان الحبل من احدهما لا يجب عليه
الضمان لا فى النقصان ولا فى الهلاك
(و) لكن (يجبر) النقصان
(بولدها) ان كان فى قيمة الولد وفاء به
ويسقط ضمانه عن الغاصب اذا ادى
الولد وقال زفر والشافعى لا يجبر
النقصان وذكر فى الذخيرة لا يسقط
فى ظاهر الرواية وعن محمد انه يسقط
وكذا اذا قطع قوائم شجر انسان
او جز صوف شاة غيره ثم نبت مكانها
اخرى او خصى عبد غيره فازدادت
قيمته بسبب الخصاء (ولو زنى) الغاصب
او غيره (بمغصوبة فردت) الى صاحبها
(فماتت) الجارية (بالولادة ضمن)
الغاصب (قيمتها)

قيد بالموت فى نفاسها ليكون الموت فى اثر الولادة انتهى كذا فى الشرنبلالية ولو زنى بها واستولدها أى حبلت منه وادعى ثبت النسب بعد ارضاء المالك لان التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بها كما لو زفت اليه غير امرأته والولد رقيق لان الحرية لا تثبت بالشبهة درر (قوله يوم علقت) مثله فى العناية عن الجامع الصغير على ما وجدته بخط شيخنا وكذا فى المواهب على ما فى الشرنبلالية ويخالفه ما فى الشرنبلالية أيضا عن قاضيخان حيث اعتبر قيمتها يوم الغصب (قوله وعندهما لا يضمن قيمة الجارية) لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعده حصل بسبب حادث فى يد المالك فلا يبطل به الرد كما لو زنت عنده فردها فجلدت وماتت لا يضمن قيمتها وله انه غصبها خالية عن سبب الهلاك وردها مشغولة به فلم يصح الرد فيضمن قيمتها كما لو جنت عند الغاصب فردها فقتلت فى يده يضمن قيمتها وأما فى الجلد فانما لم يضمن لان الزنى كان سببا لجلد غير متلف شرعا والجلد الواقع غيره ابن فرشته (قوله ويضمن نقصان الحبل) فى الاصح كما فى المجمع واحترز بقوله فى الاصح عما ذكر فى المختلف من انهما قالا لا يضمن شيئا لانها تعيبت فى يد الغاصب بالحبل فلما ردها وولدت زال العيب فزال الضمان قال ابن فرشته وانما كان هذا هو الاصح لان الولادة حصلت بسبب الحبل فلا يحكم بزوال العيب عنها الا ان اثره باق (قوله ولا يضمن الحرة) لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد در (قوله ولا يضمن منافع الغصب) أى المغصوب مطلقا لعدم تحققه فيها كما تقدم لانها حادثة فى يد الغاصب فلم يوجد ازالة يد المالك عنها فلا تكون متقومة وهذا الاطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى عند الامام مالك واعلم ان قول المصنف ومنافع الغصب بالرفع عطفا على قوله ولا يضمن الحرة كما ذكره العينى وعليه فيقرأ الفعل فى كل من المعطوف والمعطوف عليه مبنيا للمجهول (قوله ولا فرق فى المذهبين الخ) وقع فى بعض النسخ بين المذهبين فلهذا قال السيد الحموى صواب العبارة ولا فرق فى المذهبين بين ما اذا صرفها الى نفسه أو عطلها انتهى (قوله صرفها الى نفسه أو عطلها) قال فى الدرر بالعزو الى الكافى صورة غصب المنافع ان يغصب عبدا مثلا ويمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده وصورة اتلاف المنافع أن يستعمل العبد شهرا ثم يرده على سيده وفى حاشية الشلبى صور الو صرف المنفعة الى نفسه أو عطلها بقوله صورة المسئلة رجل غصب عبدا فأمسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكا لها الخ (قوله وفى الفتاوى السراجية الخ) ينظر مناسبة ذكر هذا الفرع هنا حموى وأقول وجه المناسبة ظاهر وهو ان اطلاق قول المصنف ولا يضمن منافع الغصب صادق بما اذا كان المغصوب معدا للاستغلال فأشار بذكر هذا الفرع الى انه مستثنى من هذا الاطلاق وكذا يستثنى منه العقار الموقوف سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف كما فى حاشية الشلبى عن الفتاوى الكبرى قال وفى المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعى فى المستغلات والاوقاف وأموال اليتامى ويوجبون منافعها على الغاصب ومعنى كونه معدا للاستغلال هو أن يكون البناء أو الشراء لاجل الاستغلال فان الغاصب يضمن المنفعة الا اذا سكن بتأويل ملك أو عقد كما فى الشرنبلالية عن الاشباه كبيت سكنه احد الشريكين وكبيت الرهن اذا سكنه المرتهن ثم بان انه للغير معدا للاجارة أما فى الوقف اذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا اذن لزمه الاجرة كما فى الدرر قال فى الشرنبلالية وينظر ما لو عطل الغاصب المنفعة هل يضمن الاجرة كما لو سكن ولا تصير معدة له باجارتها كما فى الدر عن الاشباه ولا باعداد البائع بالنسبة للمشترى ويشترط علم المستعمل بكونه معدا حتى يجب الاجر وأن لا يكون المستعمل مشهورا بالغصب ولو اختلفا فى العلم وعدمه فالقول له بيمينه لانه منكر والآخر مدع وبموت رب الدار وبيعه يبطل الاعداد ولو بنى لنفسه ثم أراد أن يعده فان قال بلسانه وأخبر الناس صار معدا (قوله ولا يضمن خمر المسلم الخ) بخلاف ما لو كانت لذمى فانه يضمن ويأثم اذا اتخذها للتخليل فلو للشرب أو البيع لم يأثم قهستانى عن الجوهرة (قوله بالاتلاف) شامل لما لو كان المتلف لهما ذميا وكذا لا يضمن الزق بشقه لاراقة الخمر

يوم علقت عند ابى حنيفة وعندهما
لا يضمن قيمة الجارية و يضمن
نقصان الحبل (ولا يضمن الحرة) اى
دية الحرة اذا زنى بها فحبلت ثم ماتت
بالولادة (و) لا يضمن (منافع الغصب)
اى المغصوب مطلقا الا ان ينقص
باستعماله فيغرم نقصانه وقال الشافعى
يضمنها حتى يجب اجر المثل ولا فرق
فى المذهبين فيما اذا صرفها الى نفسه
اوعطلها على المالك فى الحكم وقال
مالك ان صرفها الى نفسه يجب
اجر المثل وان عطلها لا شئ عليه
وفى الفتاوى السراجية اذا سكن دارا
معدة للغلة من غير استئجار تجب
الاجرة وعليه الفتوى (و) لا يضمن
(خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف
وضمن) المسلم لهما

على قول ابى يوسف وعليه الفتوى شرنبلالية عن البرهان واعلم ان ما ذكره فى شرح المجمع حيث علل
عدم ضمان الزق بأنه مأذون بالاراقة يعنى شرعا وهى لا تتيسر الا بالشق يقتضى انه ان تمكن من
اراقة الخمر بدون شق الزق يضمن لكن علل الضمان على قول محمد بأن الاراقة ممكنة بدون الشق
فيضمنه لانه مال متقوم وهذا يقتضى عدم الضمان على قول ابى يوسف مطلقا فتدبر (قوله لو كانا الذمى)
الا أن يظهر بيعهما من المسلمين فلا ضمان فى اراقتها أو يكون المتلف اماما يرى ذلك اشباه زاد فى الدر ما اذا
كان المتلف مأمور الامام ثم عندنا يجب على المسلم قيمتهما وان كانت أى الخمر من ذوات الامثال لان
المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها بخلاف الذمى اذا استهلك خمر الذمى حيث يجب عليه مثلها لقدرته
عليه ولو أسلم الطالب بعدما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان
باسلامه مبرئا له مما كان فى ذمته من الخمر وكذا لو أسلما ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب
بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن ابى حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر عينى (قوله
وقال الشافعى لا يضمنهما للذمى أيضا) لعدم تقومهما فى حق المسلم فوجب أن يكون فى حقهم كذلك
لانهم اتباع لنا فى الاحكام ولنا انا أمرنا بتركهم وما يدينون ألا ترى ان عمر قال لعماله ماذا تصنعون بما
يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها
متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك زيلعى (قوله ورد ما زاد الدباغ) وأما الخل فيأخذه بغير شئ
والفرق ان التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فبقى على ملك المغصوب منه وبالدباغ اتصل
بالجلد مال متقوم كالصبغ فى الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه
عينى وهذا اذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدها فأما اذا القاها صاحبها فى الطريق فأخذ
رجل جلدها فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان القاءها اباحة لاخذه فلا يثبت له الرجوع كالقاء النوى
شلبى عن الاتقانى وعن ابى يوسف له أخذه فى هذه الصورة أيضا شرنبلالية (قوله ضمن الخل فقط)
لانه أتلف مالا متقوما خالصا للمغصوب منه مثليا حموى (قوله دون الجلد) لانه غصب جلدا غير
مدبوغ ولا قيمة له والضمان يتبع التقوم قيل هذا المعنى قائم فيما لو دبغ بما لا قيمة له وأجيب بالمنع اذ لم
ينضم من العامل شئ متقوم يترجح به جانبه فبقى على ملك المالك حتى وقع التقوم فى ملكه بسبب الدباغة
فعند اتلافه ما أتلف الا ملكه المتقوم فيضمن كذا ذكره بعضهم معزيا للصدر الشريعة وأخى شلبى
وفيه نظر اذ ما ذكره فى وجه الفرق بين الوجهين من انه فى الوجه الثانى لم ينضم من العامل شئ متقوم
يترجح به جانبه فبقى على ملك المالك الخ يقتضى انه فى الوجه الاول لم يبق على ملكه ويقتضى أيضا ان
تقومه بسبب الدباغة غير واقع فى ملكه وليس كذلك ولهذا فرق العينى بأن ماليته وتقومه حصلت
بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ
فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعه فى حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف
فكذا التبع فصار كما اذا هلك بغير صنعه بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا
للغاصب بعد الاتصال بالجلد انتهى فمدار الفرق على ان الدباغة فى الاول صارت حقا للغاصب
لكونها بالمتقوم بخلاف الثانى اما بقاء الجلد على ملكه ووقوع التقوم بسبب الدباغة فى ملكه فقدر
مشترك بينهما واعلم ان عدم تقوم جلد الميتة قبل الدباغ لا ينافى بقاء الملك فيه للمالك كام الولد يبقى الملك
فيها للمولى ولا يزول الا بموتها وعتقها مع انها لا تتقوم والدليل على بقائه على ملكه وان دبغه بشئ يتقوم
ما ذكره المصنف من انه اذا غصب جلد ميتة فدبغه فللمالك اخذه ورد ما زاد الدباغ اذ لو لم يكن باقيا على
ملكه لم يكن له اخذه (تتمة) جعل الغاصب الجلد فروا أو جرابا او زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل
لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه يملك ويجب عليه قيمته يوم الغصب ان كان ذكيا (قوله
ويعطى ما زاد الدباغ فيه) محمول على اختلاف الجنس بأن قوم القاضى الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير

(ولو كانا لذمى) وقال الشافعى
لا يضمنهما للذمى ايضا (وان غصب
من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة
فدبغ فللمالك اخذهما ورد ما زاد
الدباغ) اى رد زيادة الدباغ معناه
ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ
والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما وللغاصب حبسه حتى يستوفى
حقه (وان اتلفهما ضمن الخل فقط)
دون الجلد عند ابى حنيفة وعندهما
يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطى
ما زاد الدباغ فيه ولو هلك الجلد
والخل فى يده

لا يضمن بالاجماع قوله فخلل المراد به التخلل بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالدباغة الدباغة بماله قيمة كالقرظ والعفص وان دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فلصاحبه أن يأخذ الجلد ولا شئ عليه وان استهلكه الغاصب يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ وان خلل الخمر بالقاء الملح فيه فعند ابى حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه وعندهما يأخذه مالكه ويعطى الغاصب مثل وزن الملح من الخل وان خللها بصب الخل فيها فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا ضمان عليه وان لم يصر خلا الا بعد زمان بأن كان الخل المصبوب قليلا فهو بينهما على مقدار ملكهما وقال بعض المشايخ للمالك أن يأخذ الخل فى الوجوه كلها بغير شئ (ومن كسر معزفا او اراق سكرا او منصفا) لمسلم (ضمن وصح بيع هذه الاشياء) هذا عند ابى حنيفة وعندهما لا يضمن ولا يصح بيعها والمعزف آلة اللهو والسكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد والمنصف ماذهب نصفه بالطبخ وقيل الاختلاف فى الدف والطبل الذى يضرب للهو فأما طبل الغزاة والدف الذى يباح ضربه فى العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقال الفقيه ابو الليث الدف الذى يضرب فى زماننا مع الصنجات ينبغى أن يكون مكروها وقيل الفتوى فى الضمان اى فى عدمه على قولهما لا فى بيع ذلك وهو اختيار صدر الاسلام وهو الصحيح (ومن غصب ام ولد أو مدبرة فماتت) فى يد الغاصب (ضمن قيمة المدبرة) بالاتفاق (لا) قيمة (ام الولد) عند ابى حنيفة

فيضمن الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الدباغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم الرد عليه عناية واعلم ان يعطى من قوله ويعطى ما زاد الدباغ بفتح الطاء كذا ضبطه شيخنا ووجهه ظاهر اذ لو جعل بكسرها لا يناسب ماقبله من قوله وعندهما يضمن قيمة الجلد مدبوغا لما يلزم عليه من تفكيك الضمير بالنسبة للمستتر فى يضمن (قوله لا يضمن بالاجماع) والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره فى الهداية والتنبيه على ذلك انه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له يومئذ قيمة ولا لضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدى والفرض عدمه كذا فى العناية (قوله كالقرظ) بفتحتين والظاء المشالة ورق السلم او ثمر السنط قاموس كذا بخط الشرنبلالى (قوله يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ) لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه والاكثر على انه يضمن قيمته مدبوغا زيلعى (قوله فان خلل الخمر بالقاء الملح الخ) بعضهم جعل هذا مثل ما لو تخللت بنفسها فيضمنها بالاستهلاك شرنبلالية عن النهاية (قوله صار ملكا للغاصب ولا شئ عليه) لانه بالخلط بماله استهلكه لان الخلط استهلاك (قوله وعندهما يأخذه المالك ويعطى الغاصب الخ) هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا لانه يذوب فيكون اختلاط المائع فيشتركان عندهما ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ماذكرنا فى دبغ الجلد من انه ليس له ذلك بالاتفاق او عند ابى حنيفة وحده وعندهما له ذلك كذا بخط شيخنا (قوله فعن محمد الخ) وهو قول ابى يوسف ايضا كما فى الزيلعى ونصه ولو خللها بصب الخل فيها قيل تكون للغاصب بغير شئ عند ابى حنيفة سواء صارت خلا من ساعته او بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعته فكما قال ابو حنيفة وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا وقيل ظاهر الجواب ان يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعته او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذا عند الامام لان الخلط انما يوجب زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا اختلط من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب ينبغى ان يجب عليه الضمان اجماعا على هذه الرواية نهاية عن قاضيخان (قوله فى الوجوه كلها بغير شئ) وهى التخليل بغير شئ والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها (قوله ومن كسر معزفا) بكسر الميم من عزف كضرب لعب بالمعازف آلات يضرب بها الواحد عزف كفلس على غير قياس حموى (قوله او اراق سكرا او منصفا) يضمن قيمتهما الا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينهما ولو كان فعل جاز كما فى الدرر تبعا للهداية وعبارة الزيلعى لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله انتهى قال الديرى يعنى انا قلنا بضمان السكر والمنصف بالقيمة لا بالمثل لان المسلم ممنوع عن ذلك ولكن لو اخذ المثل جاز لعدم سقوط التقوم والمالية انتهى (قوله ضمن) الا اذا كان كسر المعزف ونحوه بأمر ولاة الامور لا يضمن ديرى (قوله وعندهما لا يضمن ولا يصح بيعها) لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر والفتوى على قولهما لكثرة الفساد بين الناس وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل ايضا وصارت كالامة المغنية ونحوها كالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى حيث يجب فيها القيمة غير صالحة لهذه الامور ففى نحو المعزف يضمن قيمته خشبا منحوتا بخلاف ما لو اتلف صليب نصرانى حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم فى حقه وهو مقر عليه فلا يجوز التعرض له كذا فى الدرر وليتأمل فى قوله وهو مقر عليه مع ما اشتهر من انا وان امرنا بتركهم وما يدينون لكن لا تقريرا بل اعراضا (قوله آلة اللهو) كالطنبور والمزمار (قوله فأما طبل الغزاة) مثله طبل الحاج والسيد شرنبلالية (قوله يضمن بالاتفاق) جزم به فى الدرر وغيره (قوله ضمن قيمة المدبرة) ولا يملكها بأداء الضمان لانها لا تقبل النقل من ملك الى ملك وهذا بالاتفاق وقيمة المدبرة ثلث قيمة القن وقيل نصف قيمة القن كذا بخط السيد الحموى والذى فى شارح

العينى وقيمة المدبرة قيل ثلثا قيمة القن وقيل نصف قيمة القن (قوله وعندهما يضمن قيمتها) وهى ثلث قيمة القن حموى (تتمة) لو وهب ماغصب اوباع اوتصدق به اواجر اورهن اواودع اواعار فهلك ضمنوا قيمته ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه ويرجع المشترى بالثمن عليه ولا يرجع الغاصب من الغاصب ولا السارق منه حموى عن العمادى (فرع) غصب ارضا فقالت زوجته لا اقعد معك فيها ليس لها ذلك والاثم على الزوج منية المفتى (تكميل) الامر بالمعروف فرض ان غلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه الترك ولو علم انه يهان فالترك افضل ولو علم انه لا يقبل ولم يخف ضررا فالامر افضل زيلعى (خاتمة) حل قيد عبدا وفتح قفص طائر اوباب اصطبل دابة فذهبت لا يضمن خلافا لمحمد وقال السرخسى لو كان العبد عاقلا لا يضمن بالاتفاق وفى الكشف لو امر عبدا بالاباق ضمن ومن سعى ونم الى سلطان ولو غير جائر بغير حق ضمن الساعى وعليه الفتوى فلو كان بحق كأن كان يؤذيه ولا يمكنه دفعه الا بذلك لا يضمن كالمضروب اذا اشتكى الى سلطان فأخذ منه مالا وكذا اذا كان لفسق ولم يمتنع بالامر بالمعروف كما فى المحيط فلو مات الساعى اخذ المظلوم قدر الخسران من تركته وهو الصحيح ولو كان عبدا لم يطالب به الا بعد العتق وذكر الصدر الشهيد انه لو أمر انسانا بأخذ مال الغير فالضمان على الآخذ لان الامر لم يصح وهذا فى كل موضع يكون الامر فيه غير صحيح قهستانى

(كتاب الشفعة)

قال المطرزى لم يسمع من الشفعة فعل وما فى موم الدار التى يشفع بها من استعمال الفقهاء حموى عن البرجندى (قوله يصلح سببا لتملك كل مال) عمومه شامل للعقار وقد تقدم ان الغصب لا يتحقق فيه عندهما خلافا لمحمد حموى (قوله فلذلك قدم الغصب) اى لعموم متعلقه وأخر الشفعة لخصوص متعلقها والخاص يعقب العام حموى (قوله مع كونه عدوانا) افاد به ان اللائق تقديمها عليه لشرعها وحظره ولهذا قال فى العناية والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه وسببها اتصال ملك الشفيع بملك المشترى وشرطها أن يكون فى عقد معاوضة مال بمال وان يكون المحل عقارا علوا أو سفلا قابلا للقسمة اولا وركنها أخذ الشفيع من احد المتعاقدين وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ بمنزلة شراء مبتدا فيرد فيها برؤية او عيب وان شرط المشترى براءة البائع عنه قهستانى وسيصرح المصنف به فى الباب الآتى (قوله ومنه) أى من الضم الشفع الذى هو ضد الوتر الخ (قوله لانه يضم الجانى الخ) أى لان الشافع المدلول عليه بالشفاعة (قوله هى تملك الخ) قال الحموى أى حق تملك الشفيع البقعة فأشار الى ان كلامه على حذف مضاف فيؤول الى ماذكره الشلبى حيث نقل عن الاتقانى ان الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار والقرينة على حذف هذا المضاف هو قوله وتستقر بالاشهاد اذ بالاشهاد لم يثبت التملك ويدل عليه أيضا قولهم حكمها جواز الطلب لما تقرر من ان حكم الشئ يعقبه او يقارنه (قوله جبرا على المشترى) تقييده به لا للاحتراز عما لو سلم المشترى المبيع لمدعى الشفعة برضاه بل لان الغالب عدم رضاه والى هذا أشار القهستانى (قوله وهو الثمن وحق الدلالة) صريح فى ان البدل أعم من الثمن لانه كما ذكره الشارح عبارة عن المؤن التى لزمت المشترى بالشراء ومنه يعلم ما فى كلام العينى كصاحب الدرر من القصور حيث قال بما أى بالثمن الذى قام عليه فلو ابقى المتن على عمومه لكان أولى (قوله وتجب للخليط) فسر ابن فرشته الوجوب بالثبوت فأشار الى انه ليس المراد منه الوجوب الذى يلزم بتركه الاثم وفى التبيين الشريك فى البناء بدون الارض لا يكون خليطا فى المبيع (قوله بأن يكون المبيع مشتركا الخ) لانه عليه

وعندهما يضمن قيمتها ولا فرق بين
المدبر والمدبرة
(كتاب الشفعة)
تناسب الكتابين من حيث ان كلا
منهما يفضى الى تملك مال الانسان
بغير رضاه الا ان الغصب يصلح سببا
لتملك كل مال والشفعة لاتجرى الا
فى العقار فلذلك قدم الغصب مع كونه
عدوانا وهى مشتقة من الشفع وهو
الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى
الى ملك الشفيع ومنه الشفع الذى
هو ضد الوتر لما فيه من الضم ومنه
الشفاعة لانه ضم الجانى الى غيره
من الفائزين وفى الشرع (هى تملك
البقعة جبرا على المشترى بما قام
عليه) اى ببدل ما قام المبيع على
المشترى وهو الثمن وحق الدلالة وهو
ما لحقه من المؤن بسبب الشراء
(وتجب) الشفعة (للخليط فى نفس
المبيع) بأن يكون المبيع مشتركا
بين رجلين

السلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم وربع او حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك وان باع ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم زيلعى والربع الدار والحائط البستان نهاية (قوله فباع احدهما من أجنبى) نصيبه قبل القسمة أما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا فى المدخل ولا فى نفس الدار فحينئذ لا شفعة عناية (قوله ثم للخليط فى حق المبيع) وهو الذى قاسم و بقيت له شركة فى حق العقار عينى وغيره كالدر قال المرحوم الشيخ شاهين وفيه نظر لان الخليط فى حق المبيع أعم من ان توجد قسمة اولا بأن كان خليطا فى حق المبيع من غير قسمة و يمكن أن يجاب بأنه غير احترازى والاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع فالمتن على اطلاقه انتهى وأقول بل هو قيد احترازى لانه ان كان قبل القسمة استحق الشفعة من حيث كونه شريكا فى نفس المبيع لا من حيث كونه خليطا فى حق المبيع اذ الشريك فى المبيع مقدم على الخليط فى حقه واعلم ان الدليل على الترتيب قوله عليه الصلاة والسلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع قال المصنف فالشريك فى نفس المبيع والخليط فى حقوق المبيع والشفيع هو الجار ودلالته على الترتيب غير خفية وهو حجة على الشافعى كذا فى العناية (قوله كالشرب) ولو شاركه أحد فى الشرب وآخر فى الطريق فصاحب الشرب أولى من صاحب الطريق قهستانى (قوله لا شفعة لغيره) لانه محجوب به قلنا تحقق السبب فى حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له أن يأخذ اذا اشهد عند علمه بالبيع انه يطلبها وهو نظير دين الصحة مع دين المرض (قوله والطريق الخاص الخ) فلو كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة دون العليا وان بيعت فى العليا فلاهل السكتين الشفعة لان فى العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم أن يمروا فيها وليس فى السفلى حق لاهل العليا لا بمرور ولا فتح باب حموى (قوله فهو شركة عامة) فان بيع ارض من الاراضى التى تسقى منه لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر الصغير (قوله والقراح قطعة ارض الخ) عبارة النهاية القراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا نبات وقد تجمع على اقرحة كمكان وأمكنة (قوله وقيل اربعون) وقيل مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر وهو اشبه الاقاويل عينى (قوله ثم للجار الملاصق) ولو ذميا او أنثى او صغيرا او مأذونا او مكاتبا او معتق البعض والخصم عن الصبيان فى الشفعة لهم وعليهم آباؤهم و اوصياء الآباء عند عدمهم والاجداد من قبل الآباء عند عدمهم كما فى الشرنبلالية أى عند عدم اوصياء الآباء وان لم يكن فأوصياء الاجداد فان لم يكن فالامام او الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فى الخصومة والطلب والجار المقابل فى السكة الغير النافذة كالجار الملاصق كما فى شرح المجمع لابن فرشته عن الحقائق اما الجار المقابل فى السكة النافذة لا شفعة له واعلم ان فى كل موضع سلم الشريك الشفعة انما يثبت للجار حق الشفعة اذا كان قد طلب الشفعة حين سمع البيع والا لم يكن له حق الاخذ الخ وليس المراد بالملاصقة فى قوله ثم للجار الملاصق حقيقتها بل المراد الاتصال بالمبيع ولو حكما كما اذا بيع بيت من دار فان الملاصق له ولاقصى الدار فى الشفعة سواء قهستانى بقى أن يقال ما سبق عن شرح المجمع من ان الجار المقابل فى السكة الغير النافذة كالجار الملاصق وجهه ان كلا منهما يستحقها للشركة فى حق المبيع فلا تعتبر الملاصقة (قوله وهو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة الخ) هذا القيد وان ذكره غير الشارح أيضا كالعينى والدرر والقهستانى والدر لكن الاولى حذفه لما فيه من ايهام ما ليس مرادا وهذا لم يذكره الزيلعى ولا فى شرح المجمع لابن فرشته بل اقتصر على ذكر الملاصق وكذا فى شرح درر البحار اقتصر على ذكر الملازق فقط وما ذكره الاتقانى و جرى عليه الديرى فى التكملة وغيره كعزمى زاده حيث قال يستفاد منه ان الجار المحاذى لا اعتبار له يحمل على ما اذا كان بينهما طريق نافذ بدليل ما فى الجوهرة حيث قال ثم الجار الذى يستحق الشفعة هو الملاصق الذى الى ظهر الدار المشفوعة وبابه من سكة أخرى دون المحاذى أما اذا كان محاذيا وبينهما طريق نافذ فلا شفعة له وان

فباع احدهما من اجنبى (ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب) بالكسر وهو نصيب الماء وفى الشرع عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب كذا فى المغرب وعن ابى يوسف ان مع وجود الشريك فى الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى (والطريق ان كان) كل واحد منهما (خاصا) والطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجرى فيه السفن ثم قيل اريد به اصغر السفن وما تجرى فيه السفن فهو شركة عامة وهذا عندهما وعند ابى يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة [illegible] والقراح قطعة ارض لا شجر فيها وقيل اذا كان شركاء النهر [illegible] عددهم فهو خاص وان كانوا لا يحصى فهو عام [illegible] وقيل اربعون [illegible] وقيل [illegible] وفى الاصل [illegible] خلاف ذلك [illegible] الشركاء الخاص ما تفرق ماؤه [illegible] ولا [illegible] اذا انتهى الى الآخر [illegible] والعام بخلافه (ثم الجار الملاصق) وهو الذى داره على ظهر الدار المشفوعة

قربت الابواب لان الطريق الفارقة بينهما تزيل الضرر انتهى والتقييد بقول الشارح وبابه فى سكة أخرى يحترز به عما لو كان بابه فى تلك السكة حيث يكون خليطا فى حق المبيع فتثبت شفعته بهذا الطريق لا بكونه جارا ملاصقا واذا تحققت هذا عرفت ان هذا التقييد لتمييز الاقسام لا لمغايرة الاحكام كذا ذكره عزمى وذكر فى الدر ما به يحصل تمييز الاقسام فقال صورته منزل مشترك بين اثنين فى دار هى لقوم فى سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك فى المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء فى الدار احق من الشركاء فى السكة لانهم اقرب للشركة بينهم فى صحن الدار فان سلموا فأهل السكة احق للشركة فى الطريق فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذى على ظهر هذا المنزل وباب داره فى سكة أخرى انتهى وانما اعتبر الترتيب لانها وجبت لدفع الضرر الدائم فكلما كان أكثر اتصالا كان اخص بالضرر فكان احق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك الاقوى فحينئذ يأخذ الاضعف (قوله وبابه فى سكة أخرى) نافذة او غير نافذة قهستانى قال وهذا اذا كان المبيع ذا باب ألا ترى انه اذا اشترى نهرا ولرجل ارض فى أعلاه الى جنبه ولآخر فى اسفله فلهما الشفعة فى جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان كل واحد منهما جار له كما فى المحيط اهـ (قوله وقال الشافعى لا شفعة بالجوار) لحديث جابر انه صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولنا قوله عليه السلام جار الدار احق بالدار من غيره وقوله عليه الصلاة والسلام الجار احق بسقبه ما كان ويروى بصقبه وكلاهما بمعنى واحد وهو القرب وحديث جابر معناه انها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم احق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث عينى (قوله وواضع الجذوع الخ) فان الجار بهذا المقدار لا يكون خليطا فى حق المبيع ولا يخرج عن كونه جارا ملاصقا كذا فى الهداية والكافى وغيرهما وهذه العبارة أحسن من عبارة الوقاية لان المتبادر منها تغايرهما للجار درر (قوله وتأويله اذا كان له حق وضع الجذوع) بأن اذن له صاحب الحائط فى وضعها حموى واعلم ان الشارح أشار بقوله من غير أن يملك شيئا من رقبة الحائط الى انه اذا كان له شركة فى نفس الجدار تثبت له الشفعة من حيث كونه شريكا فى المبيع وبه صرح فى الملتقى على ما نقل عنه فى الدر لكن استدرك عليه بما ذكره المصنف يعنى فى المنح وغيره كالزيلعى حيث قال ولو كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا تستحق به الشفعة انتهى ثم رأيت التصريح بان الشفعة تستحق فى البناء المجرد بدون الارض فى كلام المقدسى وغيره كالشيخ الديرى حيث قال سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه فى العلو والسفل لشريكه فى السفل لان كل واحد منهما شريك فى نفس المبيع وجار فى حق الآخر وشريك فى الحق اذا كان طريقهما واحدا انتهى فاستفيد منه ان الشفعة تستحق فى البناء المجرد بدون الارض من حيث الجوار ومن حيث الشركة فيه أيضا وماذكره فى الدر حيث استدرك على ما فى الملتقى بما قدمناه فيه نظر اذ ما فى المنح والزيلعى يحمل على ما اذا لم يكن للبناء المجرد حق القرار يدل على ذلك ما فى الدر عن الدرر حيث علل ثبوت حق الشفعة فى العلو وان لم يكن طريقه فى السفل بانه التحق بالعقار لما له من حق القرار وسيأتى لهذا مزيد بيان (قوله فله حق الشغل) بالمعجمتين حموى (قوله أى تجب الشفعة مقسومة) أشار بهذا التفسير الى ان الظرف متعلق بمحذوف على انه حال وقدر المتعلق خاصا لدلالة القرينة على الخصوص حموى (قوله على عدد الرؤس) هذه احدى المسائل التى تجب فيها القسمة على عدد الرؤس لا على الانصباء ثانيها الساحة المشتركة بين البيوت ثالثها الطريق الخاصة رابعها الجبايات خامسها أجرة القسام كذا بخط الشيخ شاهين (قوله بالبيع) متعلق بتجب أى عنده لانه سبب لان السبب الاتصال كما بينا فكان شرطا للسبب فلا يرد مالو أسقط حقه قبل البيع

وبابه فى سكة اخرى وقال الشافعى لا شفعة بالجوار (وواضع الجذوع على الحائط والشريك فى خشبة على الحائط جار) وتأويله كائنة (على الحائط جار) وتأويله اذا كان له حق وضع الجذوع من غير أن يملك شيئا من رقبة الحائط لانه اذا كان هكذا فله حق الشغل وكذا اذا كان الشريك فى خشبة موضوعة على الحائط اذا لم يكن له شئ من البقعة فكان جارا لا شريكا فلا يستحقها مع الشريك (على عدد الرؤس) اى تجب الشفعة مقسومة على عدد الرؤس دون مقادير الاملاك (بالبيع)

قوله فاستفيد منه الخ ماذكره من ان الشفعة تستحق فى البناء ولو على ارض محتكرة سهو ظاهر ومخالفة للنصوص عليه فى كتب المذهب كما حرره فى حواشى الدر اهـ بحراوى

مطلب المسائل التى تجب القسمة فيها على عدد الرؤس

فليتأمل حتى لو أقر بالبيع أخذها الشفيع ولو كذبه المشترى لثبوت البيع باقراره وان لم يثبت ملك المشترى لانكاره حموى وما فى معنى البيع كالبيع كالصلح على مال والهبة بشرط العوض وانما لا يسقط حق الشفيع اذا أسقط قبل البيع لكونه قبل السبب ديرى (قوله وقال الشافعى تقسم الخ) لان الشفعة من مرافق الملك فتشبه الثمرة وانا نحتج بأنهما استووا فى السبب ولهذا لو انفرد كل واحد أخذ الكل فيستوون فى الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها كالشهادة حموى وكذا ذكر الشلبى انه اذا كان أحدهما ملاصقا من جانب واحد والآخر من ثلاث جوانب فهما سواء (قوله يقسم بينهما نصفان) على لغة من يلزم المثنى الالف (قوله يقضى بها بين الحضور على عددهم) لاحتمال عدم طلبه فلا يؤخر بالشك فلو حضر واحد من الشفعاء أولا وأثبت شفعته قضى له بكلها فلو حضر آخر لو مثل الاول قضى له بنصفه ولو فوقه فبكله ولو دونه منعه ولو أراد الشفيع أخذ البعض وترك الباقى له لم يملك ذلك جبرا على المشترى لضرر تفريق الصفقة ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لم يصح وسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين البقية بل لو طلب أحد الشريكين النصف بناء على انه يستحقه فقط بطلت شفعته اذ شرط صحتها ان يطلب الكل ولو أسقط بعضهم حقه بعد القضاء ليس لمن بقى أخذ نصيب التارك لانه بالقضاء انقطع نصيب كل واحد منهم من نصيب الآخر بخلاف ما قبل القضاء حيث كان للباقى أخذ الكل بزوال المزاحمة كذا فى التنوير وشرحه معزيا للخلاصة والزيلعى ولو لم يطلب الخليط فى حق المبيع حين غيبة الشريك فاذا حضر وسلم ليس للخليط ان يأخذها ابن فرشته (قوله وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما انه لابد من طلب المواثبة وهو ان يطلب كما سمع ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد كذا فى الزيلعى ويخالفه ما فى الدرر حيث قال وتستقر بالاشهاد اذ لابد من طلب المواثبة فاذا شهد ابتداء على طلبها تيسر أخذ المقصود بحكم القاضى ولم تبق حاجة الى اليمين ولهذا اعترض عليه فى الشرنبلالية فقال صواب قوله اذ لابد من طلب المواثبة اذ لابد من الاشهاد بعد طلب المواثبة لان طلب المواثبة هو الذى يستغنى عنه بالاشهاد ابتداء فلم يبق بد من الاشهاد وعلى ما صوبناه يتفرع قوله فاذا شهد ابتداء على طلبها الخ ولو كان كما قال لم يصح التفريع انتهى وأجاب الشيخ شاهين بان ما ذكره فى الدرر من قوله وتستقر بالاشهاد هو طلب المواثبة اذا اتصل به الاشهاد عند البائع قبل التسليم او المشترى او الدار وحينئذ يستغنى به عن الاشهاد فى الطلب الثانى لقيامه مقام الطلبين كما سيأتى قال وبهذا يسقط تصويب شيخنا الشرنبلالى الخ (قوله او بقضاء القاضى) عطف على الاخذ لا على التراضى لان القاضى اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل أخذه يعنى يثبت الملك للشفيع بأحد أمرين اما بالاخذ بالتراضى او بحكم الحاكم من غير أخذ لكن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع ان يمتنع من الاخذ اذا سلم المشترى له من غير قضاء لان فى القضاء زيادة فائدة وهو صيرورة الحادثة معلومة للقاضى وتبين سبب ملكه له زيلعى وابن فرشته فلو كان المبيع نرماقا كل المشترى ثماره سنين فانه لا يضمن ولا يطرح عن الشفيع شئ من الثمن لما أكل اذا حدثت الثمار بعد قبض المشترى لان الملك ثابت له حتى لو أجره تطيب له الاجرة فهذا معنى قولنا نه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد اتقانى وابن فرشته (قوله ولا يستحقها فى الثالثة لعدم الملك فى المشفوعة) فكيف يستحق بها غيرها كذا بخط شيخنا

(باب طلب الشفعة)

لما فرغ من بيان مشروعية الشفعة وسببها وحكمها شرع فى بيان ما يتوقف ثبوت الشفعة عليه من بيان الطلب وكيفيته وسمى الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام

وقال الشافعى تقسم بينهم على عدد سهامهم حتى لو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب السدس نصيبه اجنبيا وأخذ الشريكان المبيع بالشفعة فعندنا يقسم بينهما نصفان وعنده يقسم بينهما بالاخماس ثلاثة اخماسه لصاحب النصف وخمسان لصاحب الثلث ولو اسقط بعضهم حقه فهو للباقين على عدد رؤسهم ولو كان البعض غائبا يقضى بها بين الحضور على عددهم (وتستقر) الشفعة (بالاشهاد وتملك بالاخذ بالتراضى او بقضاء القاضى) وفائدته تظهر فيما اذا مات الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير او باع داره المستحق بها الشفعة قبل حكم الحاكم او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم وتسليم المشترى لا تورث عنه فى الصورة الاولى وتبطل شفعته فى الثانية ولا يستحقها فى الثالثة لعدم الملك فى المشفوعة

(باب طلب الشفعة)

الشفعة

الشفعة لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذى يسرع فى طى الارض بمشيه كذا فى التكملة للديرى واعلم ان الطلب ينقسم الى ثلاثة طلب مواثبة وأشار اليه المصنف بقوله فان علم بالبيع أشهد فى مجلسه على الطلب وطلب تقرير وأشار اليه بقوله ثم أشهد على البائع لو فى يده الخ وطلب تملك واليه أشار بقوله فان طلب عند القاضى الخ (قوله والخصومة) ليس طلب الخصومة مغاير الطلب الاخذ أعنى طلب التملك بل هو عينه ولهذا قال الحموى المراد بطلب الخصومة طلب التملك اه ويشير الى ذلك أيضا ماسيأتى فى الشارح من قوله واعلم ان صورة طلب المخاصمة ان يقول الشفيع للقاضى ان فلانا اشترى دارا الخ ومن هنا تعلم مافى كلام بعضهم مما يقتضى المغايرة بين طلب الاخذ وطلب الخصومة بل كلامه يقتضى ان طلب الخصومة قدر زائد عن أقسام الطلب وليس كذلك (قوله فان علم الشفيع الخ) بان أخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند الامام وعندهما بخبر واحد ولو عبدا صغيرا اذا كان الخبر حقا ولو أخبره المشترى يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم والعدالة فى الخصوم غير معتبرة عينى وكذا اذا أخبره رسول المشترى (قوله أى مجلس علمه) قال فى الخلاصة اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فأشهد حين أصبح صح شلبى عن الاتقانى (قوله على فور علمه بالبيع) لو أبقى المتن على اطلاقه لكان أولى لانه لا يشترط سوى كون الطلب فى مجلس العلم بناء على احدى الروايتين عن محمد ان للشفيع مجلس العلم كالمخيرة وهى الاصح كما فى الدر عن الدرر وذكر ان المتون عليه خلافا لما فى جواهر الفتاوى من انه على الفور وعليه الفتوى على ان اشتراط الشارح الفورية هنا لا يناسب ما سيأتى من قوله وبالثانية أى رواية انه له مجلس العلم أخذ الكرخى وهو أصح الروايتين ثم انى رأيت فى الشرنبلالية ذكر ما يقتضى ميله الى ترجيح القول بالفورية حيث ذكر ان اعتبار الطلب فى مجلس علمه خلاف ظاهر الرواية وعند عامة المشايخ يشترط اتصال الطلب بعلمه حتى لو سكت هنيهة بغير عذر ولم يطلب او تكلم بكلام لغو بطلت شفعته كما فى الخانية والزيلعى وشرح المجمع انتهى (قوله لو لم يكن بحضرته أحد حين سمع ينبغى ان يطلب الشفعة) وقال الحسن بن زياد ليس عليه ان يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد حموى عن غاية البيان وفى التكملة للديرى عن القدورى قال والمراد الطلب فى مجلسه كما علم سواء كان عنده أحد ام لم يكن قال الاقطع وانما يفعل ذلك وان لم يكن عنده أحد لئلا يسقط حقه ديانة وفى المبسوط لكى يتمكن من الحلف اذا حلفه المشترى الخ (قوله والطلب صحيح من غير اشهاد) وانما الاشهاد لمخافة الجحود درر ولو علم البيع عند أحد هذه الثلاثة يعنى البائع او المشترى او العقار وطلب وأشهد عليه يكفيه فلا حاجة الى طلب الاشهاد ثانيا ابن فرشته وانما قال عند أحدها لان الاشهاد على مجرد طلب المواثبة بلا حضور واحد مما ذكر لا يقوم مقام الطلبين درر (قوله أمكنه ان يحلف الخ) يشير الى ما فى الظهيرية على ماذكره السيد الحموى من انه لو قال طلبت حين علمت فالقول له وحكى عن عبد الواحد الشيبانى انه لا يصدق على الطلب يعنى الا بالبينة وما فى الدرر من ان الشفيع اذا قال طلبت حين علمت فالقول له بيمينه ولو قال علمت امس وطلبت كلف اقامة البينة لانه أضاف الطلب الى وقت ماض فقد حكى ما لا يملك استئنافه للحال فيه منافاة ظاهرة اذ ما ذكره ثانيا من انه يكلف اقامة البينة لا يلائم ما ذكره اولا من ان القول له بيمينه لانه لا يستحلف الا اذا اسند الطلب الى الزمن الماضى فلزم من كلام صاحب الدرر خلط احد القولين بالآخر بقى أن يقال ليس المراد من قول الشارح والطلب صحيح من غير اشهاد انه فى طلب المواثبة يخير بين الاشهاد وتركه بل هو محمول على ما اذا بلغه البيع ولم يجد من يشهده حتى لو تمكن من ذلك ولم يشهد بطلت شفعته بدليل ما فى الهداية حيث قال اذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته ولا ينافيه قوله قبل ذلك الاشهاد فى طلب المواثبة ليس بلازم خلافا لمن توهم ذلك فاعترض عليه بأن بين كلاميه تناقضا لان منشأ الاعتراض كما ذكره فى الدرر الغفلة عن قوله وهو يقدر على ذلك الخ

والخصومة فيها (فان علم الشفيع بالبيع اشهد فى مجلسه) أى مجلس علمه (على الطلب) على فور علمه بالبيع من غير توقف حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته سواء حضره انسان اولا وذكر فى المبسوط اذا علم الشفيع بالبيع وهو بحضرة من المشترى فالجواب واضح اى يطلبها وكذا اذا كان بحضرة من الشهود ينبغى ان يشهدهم على طلبه ولذلك لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغى ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد حتى اذا حلفه المشترى امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع ولو اخبر بكتاب والشفعة فى اوله اوفى وسطه

لكن اعتمد فى الشرنبلالية على ماذكره الشيخ اكمل الدين حيث اوّل عبارة الهداية بأن المراد من ترك الاشهاد مع القدرة حين العلم بالبيع ترك طلب المواثبة فان ترك ماليس بشرط فى شئ لا يبطله و يعضده قول صاحب الهداية من قبل والمراد بقوله فى الكتاب اشهد فى مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله هنا الاعراضه عن الطلب انتهى أى و عضد تفسير ترك الاشهاد على طلب المواثبة بترك طلب المواثبة قوله هنا الاعراضه عن الطلب فانه انما يكون معرضا عنه بتركه لا بترك الاشهاد عليه كذا ذكره شيخنا ومحصله ان الشفعة لا تبطل بترك الاشهاد على طلب المواثبة ولو مع القدرة بل بترك الطلب حيث لا عذر بأن لم يأخذ احد فمه ولم يكن فى الصلاة حين علمه بالبيع بخلاف الاشهاد على طلب التقرير فانها تبطل بتركه مع التمكن وبهذا نقل فى الدر عن الذخيرة انه اذا كان فى مكان بعيد فسمع فطلب طلب المواثبة وعجز عن طلب الاشهاد عند الدار وعلى ذى اليد وكل وكيلا أو يرسل رسولا أو كتابا فان لم يجد فهو على شفعته انتهى وهكذا ذكر فى التنوير ونصه وهذا أى طلب التقرير لابد منه حتى لو تمكن ولو بكتاب أو رسول ولم يشهد بطلت شفعته الخ وهذا أعنى اشتراط ارسال الوكيل أو الرسول أو الكتاب لا ينافى ما ذكره الزيلعى حيث قال وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر فى تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة كما يتوهم لانه لم يشترط ارسال شئ من ذلك لان كلامه مفروض فيما اذا ذهب الى احد هذه الثلاثة بعد ان طلب طلب المواثبة ولم يتأخر بدليل قوله بقدر المسافة فيحمل ما سبق عن الذخيرة والتنوير على ما اذا لم يكن توجهه الى احد هذه الثلاثة بعد طلب المواثبة فورا بأن تراخى فى التوجه فتدبر (قوله فقرأ الكتاب الخ) بلا طلب بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا بعد العلم بالزوج (قوله ثم اشهد على البائع لو كان العقار فى يده الخ) شروع فى بيان الطلب الثانى وهو طلب التقرير وقدمنا انه لو اشهد فى طلب المواثبة بحضرة البائع أو المشترى أو العقار كفى عن طلب التقرير وقدمنا ان الشفعة تبطل بترك الاشهاد على طلب التقرير بخلاف ترك الاشهاد على طلب المواثبة وكما تبطل بترك الاشهاد على طلب التقرير تبطل بتأخيره من غير عذر ذكره الشلبى لكن نقل السيد الحموى عن البدائع ان الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطا لصحته كما انه ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما فى الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه انتهى (قوله أو على المشترى) وان لم يكن ذا يد لانه مالك در (قوله أو عند العقار) لتعلق الحق به ابن فرشته (قوله لا يصح الطلب عنده) لانه لا يكون خصما بعد تسليم المبيع الى المشترى لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده زيلعى ونص محمد فى الجامع الكبير انه يصح الاشهاد على البائع بعد تسليم المبيع استحسانا لانه عاقد لا قياسا كذا ذكره ابن فرشته قال وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى دارا أو هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وانا طالبها الآن فاشهدوا على ذلك ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على احد هذه الثلاثة فان ترك الاقرب من هؤلاء وطلب الابعد بطلت شفعته الا أن يكونوا فى مصر وعن محمد انها مقدرة بثلاثة ايام وعن الشافعى ان له الطلب فى جميع عمره اه (قوله انه صحيح استحسانا) يعنى وما مشى عليه المصنف وغيره من اصحاب المتون قياس فهذه المسئلة مما قدم فيه القياس على الاستحسان حموى (قوله مطلقا عند ابى حنيفة) هذا الاطلاق فى مقابلة التفصيل اللاحق المنقول عن محمد حموى (قوله وهو رواية عن ابى يوسف) وعنه انه اذا ترك المخاصمة فى مجلس من مجالس القاضى من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما فى تأخير الطلبين الاولين زيلعى (قوله وهو ظاهر الرواية) أى عن ابى حنيفة وأما ظاهر الرواية عن ابى يوسف فكقول محمد كما يعلم من كلام الشارح الآتى قريبا

فقرأ الكتاب الى آخره بلا طلب
بطلت شفعته بتأخير الطلب وعلى
هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو
رواية عن محمد رحمه الله وعنه ان له
مجلس العلم وعلى هذا لا يبطل بالتأخير
الى آخر المجلس والروايتان فى النوادر
وبالثانية أخذ الكرخى وهى اصح
الروايتين (ثم) اشهد (على البائع لو
كان العقار (فى يده أو على المشترى
أو عند العقار) ولو لم يكن المبيع فى يد
البائع ذكر الشيخ ابو الحسن القدورى
والناطفى انه لا يصح الطلب عنده
وذكر شيخ الاسلام انه يصح استحسانا
وهكذا ذكر شيخ الاسلام احمد
الطواويسى كذا فى شرح الهداية
للسيد (ثم لا تسقط) الشفعة بعد
الطلبين (بالتأخير) أى بتأخير طلب
الخصومة مطلقا عند ابى حنيفة رحمه
الله وهو رواية عن ابى يوسف وهذا
ظاهر الرواية

حموى

بغير عذر كالمرض والحبس ونحوهما بطلت شفعته وهو قول زفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا (فان طلب الشفيع (عند القاضي) الشفعة (سأل) القاضي (المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به أو نكل) المدعى عليه عن اليمين (أو برهن الشفيع) على الدار التي يطلب الشفعة بها (سأله) اى القاضي المشترى (عن الشراء فان اقر به أو نكل أو برهن الشفيع) على الشراء (قضى) القاضي (بها) متعلق بجميع الصور واعلم ان صورة طلب المخاصمة ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا و بين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بداري و بين حدودها فمره بتسليمها الى فبعد ذلك سأله القاضي ان المشترى هل قبض الدار ام لا واذا بين ينبغي ان يسأله بأى شئ يدعى الشفعة واذا بين يسأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت حين علمت قال مشايخنا رحمهم الله والصحيح ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف اخبرت وانما اختاروا الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به وانما يسأله القاضي عن وقت الاخبار أو وقت العلم حتى يرى القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي فعند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت أو حين اخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الاشهاد هل طلبت الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم يسأله عن الذى طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه عن دعوى المدعى فان انكر ان يكون شفيعها بأن كان المدعى ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر ان تكون الدار بجنب الدار المشتراة أو أن تكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعى فان عجز عن البينة استحلف المشترى بالله ما يعلم انه مالك للذى ذكره مما يشفع به هذا

حموى يعني به ما سيأتي من قوله فعند ابى يوسف ومحمد ان تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه (قوله وعن محمد انه ان ترك ذلك شهرا الخ) المناسب لما سيأتي من قوله وعند ابى يوسف ومحمد أن يقال هنا أيضا وعند محمد كذا بخط شيخنا (قوله وهو قول زفر) لانها لو لم تسقط به تضرر المشترى اذ لا يمكنه التصرف حذر نقضه من جهة الشفيع فقدر بشهر لانه آجل وما دونه عاجل كما مر في الايمان والفتوى اليوم على هذا لتغير احوال الناس في قصد الاضرار بالغير ووجه قول الامام وهو ظاهر المذهب ان حقه تقرر شرعا فلا يبطل بتأخيره كسائر الحقوق الا أن يسقطها بلسانه وما ذكره من الضرر يمكن دفعه برفع الشفيع الى القاضي ليأمره بالاخذ أو الترك فتى لم يفعل فهو المضر بنفسه و به يفتى كذا في الدرر عن الهداية والكافي فتحصل من هنا ومما يأتي في كلام الشارح حيث قال وعند ابى يوسف ومحمد ان تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى ان الترجيح قد اختلف لكن في الشرنبلالية عن البرهان وهو اصح ما يفتى به يعني ان تصحيح صاحب الذخيرة والمغنى وقاضيخان في جامعه الصغير من كون تقدير السقوط بشهر اصح من تصحيح صاحب الهداية والكافي عدم سقوطها بالتأخير ابدا كسائر الحقوق والفرق بين الشفعة و بين سائر الحقوق في الشرنبلالية (قوله لا تبطل شفعته بالتأخير اتفاقا) اذ لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا در ر وكذا لو كان فيها قاض لكنه شافعي لا يرى شفعة الجوار حموى (قوله فان اقر بملك الخ) يشير الى انه لا يكتفى بظاهر اليد واكتفى به زفر وهو احدى الروايتين عن ابى يوسف لان اليد دليل الملك ظاهرا ولهذا لا يجوز للشهود أن يشهدوا بالملك بمشاهدة اليد ولنا ان ظاهر الملك يصلح لدفع دعوى الغير لا للاستحقاق به ابن فرشته وشرنبلالية عن البرهان (قوله فان اقر به أو نكل) وفي كونه يحلف على الحاصل أو السبب خلاف كما في العيني وكلام ابن فرشته يقتضي تقييد الخلاف بما اذا لم تكن الدعوى على من لا يرى الشفعة بالجوار فيستحلف على السبب لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في اعتقاده فيفوت النظر في حق المدعى (قوله بجميع الصور) أى بمجموع الصور و بجملتها الا بكل واحدة منها حموى (قوله و بين مصرها الخ) لانه ادعى فيها حقا فلا بد من ان تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها زيلعي (قوله وانا شفيعها بداري الخ) بيان حدود الدار المشفوع بها شرط على ما في الفتاوى لا على ما قاله الخصاف حموى عن البيانية (قوله هل قبض الدار ام لا) لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البائع زيلعي (قوله بأى شئ يدعى الشفعة) لاحتمال انه ادعى بسبب غير صالح أو انه محجوب بغيره كذا في الزيلعي وقوله بسبب غير صالح كالجار المقابل فانه سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان شيخنا عن العناية ومنه يعلم ان ما قيل من انه لا حاجة للسؤال عن السبب الذى يدعى به الشفعة للاستغناء عنه بقوله السابق وأنا شفيعها بداري غير مسلم بقى أن يقال ما في العناية حيث مثل لدعوى الشفعة بسبب غير صالح بالجار المقابل يحمل على ما اذا كانت في سكة نافذة فلا يخالف ما قدمناه عن ابن فرشته معزيا للحقائق فتدبر (قوله ان تطاولت المدة) بأن ترك طلب التملك والخصومة شهرا فأكثر وأما عند الامام فلا يلزم السؤال عنه لانها عنده بعد الطلبين لا تسقط بالتأخير (قوله استحلف المشترى بالله الخ) يعني يستحلف اذا طلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه وانما يحلف على العلم لا على البتات لانه استحلاف على فعل الغير والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لليهود في القسامة ليحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا فكان ذلك اصلا في ان اليمين اذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات واذا كانت على فعل الغير كانت على العلم كذا ذكره الحموى عن البناية مطلقا لكن قيده في شرح المجمع بما اذا قال المشترى ما علم ولو قال اعلم انه غير مملوك للشفيع يحلف على البتات انتهى بالعزو الى فصول الاستروشني (قوله بالله ما يعلم انه مالك للذى ذكره) هذا اذا كان ينكر ملكه فيما يشفع به وان كان ينكر جواره للدار المشتراة حلفه على ذلك (قوله هذا

قول ابى يوسف) وعليه الفتوى حموى عن التتارخانية (قوله وعند محمد يحلف على البتات) لان المدعى يدعى عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما لو ادعى الملك بسبب الشراء وهو ينكره حموى عن الذخيرة (قوله ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى) فيجوز له المنازعة وان لم يحضره الى مجلس القاضى وعند محمد لا يقضى له بها حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر انه لا يجب عليه الا بعد القضاء لانه قبل القضاء غير واجب عليه فلا يطالب به كذا فى العينى وبعد القضاء يلزمه احضاره وللمشترى حبس الدار لقبضه فلو قيل للشفيع أد الثمن فاخر لم تبطل كذا فى التنوير أى لا تبطل بالاجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد حيث تبطل لعدم التأكد زيلعى (قوله وهذا ظاهر رواية الاصل) لم يقل رواية الاصل لعدم التصريح به فى الاصل هكذا ولكن ذكر ما يدل عليه حيث قال للمشترى حبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته ان مات حموى (قوله وعن محمد الخ) صوابه وعند محمد لان ما ذكر مذهبه لا رواية عنه وفى البناية لو قضى القاضى بالشفعة قبل احضار الثمن ينفذ القضاء عند محمد لوقوعه فى محل مجتهد فيه حموى (قوله لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن) لاحتمال أن يكون الشفيع مفلسا فيتوى مال المشترى ابن فرشته (قوله لا يسمع البينة حتى يحضر المشترى) لان لكل منهما فى المبيع حقا للبائع اليد وللمشترى الملك والشفيع يتعرض للحقين جميعا فلابد من حضورهما عينى (قوله فيفسخ بالرفع) انما قيد بالرفع لئلا يتوهم عطفه على يحضر أو كونه منصوبا فى جواب النفى وكلاهما لا يصح من جهة المعنى فتدبر حموى ولما كان فسخ البيع يوهم العود على موضوعه بالنقض لان نقض البيع لاجل الشفعة ونقضه يفضى الى انتفائها لكونها مبنية على البيع ذكر فى الهداية ان فسخه بالاضافة الى المشترى لان قبض المشترى مع ثبوت حق الآخر للشفيع ممتنع فيبقى اصل البيع الصادر من البائع مجردا عن اضافته الى ضمير المشترى لتعذر انفساخه فانه لو انفسخ عاد على موضوعه بالنقض كما ذكرنا فيتحول لبقائه بتحويل الصفقة الى الشفيع ويصير كانه المشترى من البائع لان الشفعة ثابتة فى الشرع ابتداء وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذر فكان فسخه من ضروراتها وهى تندفع بفسخه من جانب المشترى فلا يتعدى الى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم تنتقل الدار من المشترى الى الشفيع بعقد جديد اذ لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية أو العيب اذا رآه المشترى أو اشتراه على ان البائع برئ من كل عيب قال فى العناية والجواب ان الصفقة تحولت للشفيع موجبة للسلامة نظرا الى الاصل وسقوط خيار الرد فى جانب المشترى لعارض وهو الرؤية أو قبول العيب ولم يوجد ذلك فى حق الشفيع (قوله بشهوده) أى بحضور المشترى لانه المالك (قوله والعهدة على البائع) يعنى قبل تسليم المبيع الى المشترى كذا فى متن التنوير ويشير الى ذلك قول الشارح بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت (قوله حيث لا يشترط حضور البائع) ولا تكون العهدة عليه لانه صار أجنبيا درر (قوله والوكيل بالشراء خصم) فلا يشترط للقضاء حضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشترى فلا يكتفى بحضوره بخلاف الوكيل والاب ووصيه كالوكيل زيلعى ملخصا وفى هذا المقام سؤال وجواب يعلم بمراجعة الدرر وقول الزيلعى ووصيه كالوكيل يعنى يكون الوصى هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد وهذا اذا كانت الورثة صغارا لانه قائم مقام الاب ولو كانوا كبارا وصغارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبى حنيفة وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم دون عقارهم كذا فى تكملة الديرى عن المختلف قال وفى الدراية قيد بما يجوز بيعه لان بيع الوصى يجوز بالغبن اليسير لا الفاحش وكذا لو كانت الورثة كلهم كبارا لا يجوز بيع الوصى اذا لم يكن على الميت دين الخ ومنه يعلم ان الزيلعى قد أطلق فى محل التقييد واعلم ان المفتى به ان الوصى لا يملك بيع عقار الصغير الا لمسوغ كما لو باعه بضعف قيمته

قول ابى يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحلف على البتات كذا فى شرح السيد للهداية (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل) يلزم الشفيع احضاره (بعد القضاء) بالشفعة وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابى حنيفة (وخاصم) الشفيع بطلب الشفعة (البائع) لو كان العقار (فى يده) فاذا انكر البائع كونه مالكا للذى ذكر مما يشفع به بعد الخصومة فجاء المدعى بالبينة (لا يسمع) القاضى (البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ) بالرفع أى القاضى (البيع بشهوده) أى بحضور المشترى ويقضى بالشفعة على البائع (والعهدة) أى ضمان الثمن عند استحقاق الدار (على البائع) بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يشترط حضور البائع فيخاصم المشترى وقال الشافعى العهدة على المشترى بكل حال سواء اخذها من يد البائع أو من المشترى (والوكيل بالشراء خصم) أى اذا وكل رجلا ليشترى له دارا فاشترى له دارا فالوكيل له خصم (للشفيع ما لم يسلم) الدار (الى الموكل) فان سلم اليه فالموكل هو الخصم وهذا فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف رحمه الله الشفيع لا يأخذها من يد الوكيل لكن يقال سلمها الى الموكل ثم يأخذها الشفيع من الموكل كذا فى الحواشى نقلا عن الشرح (وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه)

أوكان خرجه يزيد على دخله اوخيف هلاكه كان كان على شاطئ نهراونحو ذلك مماذكر فى محله كحاجة النفقة (قوله أى من كل واحد من خيار الرؤية والعيب) فيه اخراج لكلام المصنف عن الظاهر المتبادر وهو افراد الضمير لفظا ومعنى عائدا على العيب كما هو حل الزيلعى والعينى حيث قال مبينا المرجعه أى من العيب وقدمران اسقاط خيار الرؤية قبلها غير صحيح فلا يترتب على اشتراط البراءة من خيار الرؤية فائدة فلوقال ولا يسقط برؤية المشترى ولا بشرط البراءة عنه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه كما فى الزيلعى لكان أولى كذا ذكره شيخنا وماوقع فى شرح العينى من قوله لان الشفيع ليس بنائب عنه فلا يسقط حقه لاسقاط المشترى صوابه لان المشترى الخ (قوله لانه ينكر وجوب تسليم المبيع بالثمن الاول) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها منكر والمراد بالثمن الاول المذكور أولا وهو قول الشفيع اشتريتها بمائة فانه ذكر أولا والمسئلة مقيدة بما اذا كانت الدار مقبوضة والثمن منقودا حموى ولا يتحالفان لانه عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلم يكن فى معنى ماورد به النص فامتنع القياس عينى (قوله وان برهنا فللشفيع) لان بينته أكثر اثباتا معنى وان كانت بينة المشترى أكثر اثباتا صورة لان البينات للالزام وبينة الشفيع ملزمة بخلاف بينة المشترى فان بينة الشفيع اذا قبلت وجب على المشترى تسليم الدار اليه واذا قبلت بينة المشترى لا يجب على الشفيع شئ بل يتخير بين الاخذ والترك درر (قوله وعند أبى يوسف والشافعى الخ) الذى فى العينى وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى وعند الشافعى وأحمد تهاترتا والقول للمشترى وعنهما يقرع وعند مالك يحكم بالاعدل والا باليمين انتهى (قوله البينة بينة المشترى) لانها مثبتة للزيادة ولهما ماسبق من ان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشترى غير ملزمة لان الشفيع لوترك يترك عينى (قوله أخذها بما قال البائع) لان الامران كان كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع فيأخذه به عينى (قوله ويترادان) فيه تسامح اذ الرد من طرف المشترى فقط لان موضوع المسئلة ما اذا لم يقبض البائع الثمن (قوله فيأخذها الشفيع بذلك) لان النكول كالاقرار بما يدعيه خصمه زيلعى (قوله ويأخذ الشفيع بقول البائع ان شاء) لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ ألا ترى ان الدار اذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بغير قضاء زيلعى (قوله وان قبض أخذها بما قال المشترى) أى قبض جميع الثمن حتى لوقبض بعضه وبقى منه شئ فالقول قول البائع كما فى المبسوط وانما يأخذها بما قال المشترى اذا ثبت قبض جميع الثمن بالبينة أواليمين لان البائع باستيفائه الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى وقد ثبت ان القول فيه للمشترى كما فى الدرر قال فى الشرنبلالية هذا اذا كان قبض الثمن ظاهرا كما ذكر بان ثبت بالبينة اواليمين ولو كان غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن كما فى التبيين انتهى (قوله أى اذ حط البائع الخ) يشير الى مانقله الشلبى عن الخانية من ان وكيل البائع اذا حط بعض الثمن عن المشترى صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطا عن الشفيع لان حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد (قوله سقط ذلك عن الشفيع) لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن عينى ولو علم انه اشتراه بألف فسلم ثم حط البائع مائة فله الشفعة كما لو باعه بألف فسلم ثم زاد البائع له جارية أو متاعا كذا فى الدر عن القنية وهل يأخذ الشفيع الجارية أو المتاع مع العقار أو العقار فقط ان قلنا بالاول يلزم تملك الجارية أو المتاع بطريق الشفعة ولا وجه له وان قلنا بالثانى يلزم تفريق الصفقة على المشترى فليحرر ثم رأيت بخط شيخنا مانصه باع عقارا وعبدا يأخذ الشفيع العقار لا العبد قال وسيأتى عن الخانية انتهى

اى من كل واحد من خيار الرؤية والعيب (وان اختلف الشفيع والمشترى فى) مقدار (الثمن) فقول المشترى) مع يمينه لانه ينكر وجوب تسليم المبيع بالثمن الاول (وان برهنا فالشفيع) وعند ابى يوسف والشافعى البينة بينة المشترى (وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه اقل منه ولم يقبض) البائع (الثمن اخذها) أى الدار الشفيع (بما قال البائع) من الثمن مطلقا سواء كانت الدار فى يده اوفى يد المشترى كذا فى الايضاح وانما قيد بقوله أقل لانه لو ادعى البائع الاكثر قبل قبض الثمن يتحالفان أى البائع والمشترى ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن مايدعيه الآخر فيأخذها الشفيع بذلك فان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما ويأخذ الشفيع بقول البائع ان شاء (وان قبض اخذها بما قال المشترى وحط البعض يظهر فى حق الشفيع) أى اذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع خلافا للشافعى

ولا يخالفه ماذكره فى شرح المجمع لابن فرشته حيث قال باع العقار مع العبيد والدواب تثبت فى الكل تبعا للعقار انتهى لان المراد بالعقار خصوص الارض وبالعبيد الحراثون وبالدواب آلة الحراثة وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى اشترى دارين شفيعهما واحد صفقة ليس له أخذ واحدة دون الاخرى لتفريق الصفقة سواء كانتا متلاصقتين أو ببلدين وقال زفر له أخذ واحدة بما يخصها من الثمن ولو كان شفيع الواحدة فقط وقد بيعتا صفقة له أخذ ما يشفعها فى الصحيح وعليه الفتوى وروى له أخذ الكل انتهى (قوله لاحط الكل) أى فيأخذها الشفيع بالثمن المسمى الذى أبرأه عنه البائع شرنبلالية لان حط الكل لا يلتحق باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما كذا فى الزيلعى وكذا صرح بكونه فاسدا فى النهاية خلافا لما فى الدرر من قوله لان العقد حينئذ يكون بيعا باطلا ولهذا قال فى الشرنبلالية الصواب انه يكون فاسدا لانه فى حكم المسكوت عن ثمنه بل أرقى منه اذا التسمية وجدت لان الحط ليس الا للمسمى ثم رأيت الشيخ شاهين نقل عن شيخه الشوبرى ان المراد من قول العينى لانه يصير بيعا بلا ثمن وانه باطل ما اذا نفى الثمن أما لو سكت عن الثمن فهو فاسد ثم قال ويمكن الجواب بان البيع شرطه التراضى ولا يكون الا بذكر الثمن أما اذا نفى فهو باطل بخلاف البيع هنا لان الشفيع يأخذ بالشفعة جبرا فيحكم بالبطلان سواء سكتا عن الثمن أو نفياه انتهى ولو تصدق البائع على المشترى بالثمن يأخذها الشفيع به أو بالقيمة فيه تفصيل ان تصدق به عليه قبل قبضه يأخذه الشفيع بالقيمة الا ان يكون قبض الثمن كله ثم تصدق به عليه حموى عن الجامع الصغير (تتمة) ماسبق عن الزيلعى والدرر من تعليل عدم التحاق حط الكل باصل العقد بانه لو التحق الخ تعليل للمنفى فلا ينافى ماقدمناه عن الشرنبلالية ورأيت بخط شيخنا مانصه وحيث ان حط الكل لا يلتحق باصل العقد فله الاخذ بالشفعة بجميع الثمن المسمى عند العقد ان شاء انتهى (قوله ولا الزيادة) لاستحقاق الشفيع الاخذ بما دونها درر (فرع) قضى القاضى بالشفعة للشفيع بأكثر من الثمن الذى اشتريه به المشترى ورضى به الشفيع لا يجوز (قوله بعرض) بفتح العين وسكون الراء ماليس بنقد كذا ضبطه بعضهم وعبارة القاموس العرض المتاع ويحرك وكل شئ سوى النقدين اه (قوله بقيمته) وتعتبر قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ شلبى عن النافع (قوله وقال أهل المدينة) يعنى الامام مالكا وأصحابه (قوله وبحال لو مؤجلا) فان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشترى وان أخذها من المشترى رجع البائع على المشترى بثمن مؤجل زيلعى وهذا اذا كان الاجل معلوما أما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد شلبى عن الغاية معزيا للذخيرة وقوله وحق الشفيع لا يثبت فى الشراء الفاسد يعنى الا اذا سقط حق الفسخ بان بنى المشترى أو غرس لزوال المانع (قوله أو يصبر حتى يمضى الاجل) ولو لم يطلب الشفيع الآن وسكت عن طلبها لطلبها عند الاجل بطلت شفعته لان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له حق الاخذ الآن بثمن حال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة كذا فى الدرر وفيه نظر لان هذا طلب تملك ولا تبطل الشفعة بتأخيره الى حلول الاجل لا عند الامام لانه لم يقدر له مدة ولا عند محمد لتقديره بشهر كذا فى الشرنبلالية وما أجاب به بعضهم من أنه أراد بقوله ولو لم يطلب الآن الخ طلب المواثبة والتقرير يأباه تعليل البطلان بقوله لان حق الشفيع قد ثبت ويأباه أيضا قوله والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه الخ لان حقه انما يثبت بعد طلب المواثبة والتقرير فتعليله بان حقه قد ثبت يقتضى ان مراده بالطلب طلب التملك (قوله له ذلك) لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذى تملك به المشترى والاجل صفة للدين ألا ترى انه يقال دين حال ودين مؤجل ولنا ان الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه فى حق المشترى لا يكون اشتراطا فى حق الشفيع ولا نسلم أنه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق

الطالب

(لاحط الكل و) (لا (الزيادة) أى اذا
زاد المشترى فى الثمن بعدما تقرر
الثمن لا تظهر زيادة الثمن فى حق
الشفيع (وان اشترى دارا بعرض
أو بعقار أخذها الشفيع بقيمته) أى
بقيمة العرض أو العقار وقال أهل
المدينة يأخذها بقيمة الدار (و)
أخذها (بمثله) أى بمثل الثمن (لو)
كان الثمن (مثليا) كالمكيل
والموزون والعددى المتقارب
(وبحال لو مؤجلا او يصبر حتى يمضى
الاجل فيأخذها) أى اذا باع دارا
بثمن مؤجل فللشفيع الخياران شاء
أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
يمضى الاجل ثم يأخذها وليس له أن
يأخذها فى الحال بثمن مؤجل وقال
زفر ومالك والشافعى له ذلك (و)
أخذها (بمثل الخمر وقيمة الخنزير

الطالب ولو كان وصفا له لاستحقه الطالب ولذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان وصفا له لثبت زيلعى (قوله ان كان الشفيع ذميا) فلو مرتدا لا شفعة له سواء قتل على ردته او مات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لان الشفعة لا تورث كما فى العناية واعلم ان عدم ثبوت الشفعة للمرتد هو مذهب الامام خلافا لهما لان تصرف المرتد عند الامام موقوف فاذا اتصل به الموت حكم بانه لم يكن صحيحا وعند أبى يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد بمنزلة من عليه القصاص فتصرفه صحيح كذا ذكره الاتقانى وقال أيضا اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج عن ملك البائع وقد خرج كذا ذكره الشلبى والمستأمن كالذمى كما فى الزيلعى ولا بد وان يكون البائع أيضا ذميا والا يفسد البيع فلا تثبت الشفعة در عن ابن الكمال بالعزو الى المبسوط وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمى أسلم أو فاسق تاب ولو اختلف فيه فالقول للمشترى در عن العناية ولو اسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع سواء كانت الدار مقبوضة أو غير مقبوضة لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولا تبطل شفعته فيأخذها الشفيع بقيمة العبد زيلعى مع نهاية (فرع) اشترى المسلم فى دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لا شفعة له وان سلم أهلها الا ان أحكامنا غير جارية فيها شلبى عن الاتقانى (قوله وبقيمتهما لو مسلما) ثم قيمة الخنزير هنا قائمة مقام الدار لا مقام الخنزير ولهذا لا يحرم تمليكها بخلاف المرور على العاشر در وايضاحه ما ذكره الزيلعى فى باب المهر جوابا عما يقال ان أخذ قيمة الخنزير كأخذ عينه فلا يجوز للمسلم تمليكها ولا تملكها من قوله ان قيمة الخنزير انما تكون كعينه ان لو كانت بدلا عن الخنزير كما فى مسئلة النكاح أما لو كانت بدلا عن غيره فلا وفى مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها للتقدير لا غير فلا يكون لها حكم عينه انتهى وقوله كما فى مسئلة النكاح يشير الى انه اذا تزوجها على خنزير يجب لها مهر المثل لا قيمة الخنزير وقوله فى الدر بخلاف المرور على العاشر أى حيث لا يعشر العاشر من قيمته (قوله وان اشترى عرصة الخ) محل ثبوت الخيار للشفيع اذا كانت الارض تنقص بالقلع أما اذا كانت لا تنقص بالقلع فليس للشفيع تملك البناء والغرس جبرا على المشترى كالغاصب اذا بنى أو غرس يؤمر بقلع البناء والغرس فان كانت الارض تنقص بالقلع فللمالك أن يضمن قيمتهما للغاصب مقلوعين درى (قوله أو كلف المشترى قلعهما) الضمير المستتر فى كلف عائد الى الشفيع والمشترى بالنصب مفعوله الاول وقلعهما مفعوله الثانى نوح أفندى قال وهذا يعنى القلع هو القياس فى الزرع أيضا قال الزيلعى الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشترى بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجر واعلم ان التقييد بالبناء والغرس للاحتراز عما لو دهنها بالوان كثيرة او طلاها بجص كثير خير الشفيع بين تركها وأخذها ويعطى ما زاد الصبغ لتعذر نقضه ولا قيمة لنقضه بخلاف البناء در عن حاوى الزاهدى (قوله وعن أبى يوسف انه لا يكلف الخ) لان ضرره بالزام القيمة أهون من ضرر المشترى بالقلع بيانه ان فيما قاله أبو حنيفة ومحمد من تكليف المشترى القلع اضرارا به لانه يزول حقه بلا عوض أو بعوض خسيس وفيما قاله أبو يوسف من أنه يأخذها بثمنه مع قيمة البناء او الغرس اضرار بالشفيع للزوم الزيادة على الثمن الاول لكن هذا الضرر أدنى من الضرر الاول لانه يدخل فى ملك الشفيع عوض بمقابلة ضرر زيادة الثمن فكان أهون الضررين فوجب المصير اليه ووجه قول الامام ومحمد ان المشترى بنى أو غرس فى محل تعلق به حق الغير من غير تسليط من جهته فينقض ما فعله كالمرتهن اذا فعل ذلك فى المرهون بخلاف الموهوب له أو المشترى فاسدا حيث لا يكلفان القلع بالاتفاق لانه حصل بتسليط الواهب والبائع درى (قوله فاستحقت) أى وكلف المستحق الشفيع قلعهما فقلعهما وانما لم يذكره اكتفاء بما قدمه فى بناء المشترى فحذف من الثانى لدلالة الاول عليه كذا ذكره

ان كان الشفيع ذميا) وكان الثمن خمرا
اوخنزيرا (و) أخذ (بقيمتهما ولو كان)
الشفيع (مسلما و) ان اشترى عرصة
أخذها الشفيع (بالثمن وقيمة البناء
و) قيمة (الغرس) مقلوعين (ولو بنى
المشترى أوغرس أوكلف المشترى
قلعهما) وعن ابى يوسف انه لا يكلف
القلع ويخير بين أن يأخذه بالثمن وقيمة
البناء والغرس وبين ان يترك وبه
قال مالك والشافعى (وان فعلهما
الشفيع) اى اخذها
بالشفعة فبنى فيها أوغرس (فاستحقت
رجع) الشفيع (بالثمن)

على البائع أوالمشترى (فقط) أى لايرجع بقيمة البناء والغرس وعن أبى يوسف انه يرجع (و) أخذها الشفيع (بكل الثمن ان خربت الدار) مطلقا سواء كان بالانهدام أوبالاحتراق (أوجف الشجر) من البستان بغيرفعل أحد وقال الشافعى فى قول يأخذ بالحصة (و) يأخذها الشفيع (بحصة العرصة) من الثمن ان قسم على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد ان شاء (ان نقض المشترى البناء والنقض) بالضم (له) أى البناء المنقوض للمشترى (و) اخذها (بثمرها) أى مع ثمرها (ان ابتاع ارضا ونخلا وثمرا) بكل الثمن ان شاء وهذا استحسان والقياس ان لا يأخذ (او أثمر فى يده) أى اخذ مع الثمر بكل الثمن ان ابتاعها وليس فى النخيل ثمر وأثمر فى يد المشترى فان جده المشترى ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر فى الفصلين (وان جده المشترى) فى الفصل الاول (سقط) عن الشفيع (حصته) أى حصة الثمر (من الثمن) الجد بالدال المهملة القطع ومنه جد النخيل أى قطع ثمره جدادا فهو جاد كذا فى المغرب وان جده فى الفصل الثانى يأخذ الارض والنخل بكل الثمن

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب)

انماتجب الشفعة فى عقار)

شيخنا قال وبه يستغنى عن تصويب شيخ شيخنا يعنى الشرنبلالى (قوله على البائع أوالمشترى) فالرجوع بالثمن على البائع فيما اذا أخذ الشفيع العقار من البائع أوعلى المشترى فيما اذا أخذه من يده فأو للتنويع لاللتخيير (قوله أى لايرجع بقيمة البناء والغرس) معناه لايرجع بما نقص بالقلع عينى (قوله وعن أبى يوسف انه يرجع) لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى ووجه الظاهر ان المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولاغرور ولاتسليط فى حق الشفيع من المشترى لان الشفيع أخذها منه جبرا زيلعى (قوله وبكل الثمن الخ) لانهما أى البناء والشجر تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ولهذا يبيعها فى هذه الصورة مرابحة بلابيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أوخشب وأما اذا بقى شئ من ذلك فلابد من سقوط بعض الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ عينى فلو لم يأخذه المشترى كان هلك بعد انفصاله لم يسقط شئ من الثمن لعدم حبسه اذ هو من التوابع والتوابع لايقابلها شئ من الثمن وبالاخذ بالشفعة تحولت الصفقة الى الشفيع فقد هلك مادخل تبعا قبل القبض ولا يسقط بمثله شئ من الثمن در (قوله وبحصة العرصة ان نقض الخ) لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة ونقض الاجنبى البناء كنقض المشترى عينى (قوله ان شاء) يمكن ان يجعل راجعا للمسئلتين والتقدير وأخذها الشفيع بكل الثمن ان خربت الدار ان شاء وان شاء ترك وأخذ بحصة العرصة من الثمن ان نقض المشترى البناء ان شاء وان شاء ترك حموى (قوله والنقض بالضم) ويجوز الكسر واقتصر عليه فى شرح المجمع وغيره كالدر (قوله أى البناء المنقوض للمشترى) لان الشفيع انما يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال عينى (قوله ونخلا) النخل معروف يذكر نحو قوله تعالى نخل منقعر ويؤنث نحو قوله تعالى نخل خاوية وقد يوصف بجمع المذكر السالم لان فى الجنس لدلالته على الافراد معنى الجمع نحو قوله تعالى والنخل باسقات نوح افندى (قوله وثمرا) نص على دخوله لانه لايدخل بدون الذكر لانه ليس بتبع بخلاف النخل ولهذا قال العينى باشتراطه فى البيع (قوله وهذا استحسان) لانه باعتبار الاتصال كأنه تبع للعقار كالبناء فى الدار درر (قوله أى أخذ مع الثمر بكل الثمن) لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه كما لو اشترى حاملا فولدت عنده أى عند البائع قبل قبض المشترى كذا بخط شيخنا فأشار الى سقوط اعتراض عزمى زاده (قوله لا يأخذ الثمر فى الفصلين) لانعدام تبعيته للعقار وقت الاخذ بالانفصال حموى (قوله وان جده المشترى فى الفصل الاول سقط عن الشفيع الخ) لانه دخل فى البيع قصدا فكان له قسط من الثمن فيفوت قسطه بفواته بخلاف الفصل الثانى اذ لا يقابله شئ من الثمن لحدوثه بعد القبض فلم يرد عليه العقد ولا القبض الذى له شبه بالعقد ففواته لايوجب سقوط شئ من الثمن كذا بخط شيخنا (قوله بالدال المهملة) لانه أنسب بالمقام لان الجذ بالمعجمة مطلق القطع كما ذكره نوح أفندى

(باب ماتجب فيه الشفعة ومالاتجب)

(قوله انما تجب الشفعة فى عقار الخ) أى قصدا لانها تثبت فى غير العقار تبعا كالشجر والثمر ومافى حكمه أى حكم العقار كالعلو كما فى الدرر لان حق التعلى يبقى على الدوام فكان العلو كالعقار قال فى الشرنبلالية ثم ان كان العلو طريقه طريق السفل يستحق الشفعة بالطريق على انه خليط فى الحقوق وان لم يكن

بان كان

بأن كان طريقه غير طريق السفل يستحقها بالمجاورة انتهى وذكر الديرى فى التكملة ان القياس عدم وجوب الشفعة فى العلو لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة الخ وهذا مما يقتضى بثبوت حق الشفعة فيما اذا بيع البناء بالارض المحتكرة خلافا لما فى فتاوى الطورى واستدلاله بما سيأتى من قول المصنف ولا فى بناء ونخل بيعا بلا عرصة فيه نظر ظاهر سيأتى وجهه (قوله فى عقار مطلقا) هذا الاطلاق فى مقابلة ما سيأتى من قوله وقال الشافعى لا شفعة فيما لا يقبل القسمة والعقار ماله أصل من دار أو ضيعة كما فى العناية (قوله ملك) على صيغة المجهول صفة لعقار كما فى العينى وما ذكره السيد الحموى من ان ملك بتشديد اللام لا يتعين (قوله احترازا عن الهبة بلا عوض) مفهومه ان الهبة بعوض تجب فيها الشفعة ولو كان العوض غير مشروط وليس كذلك حموى واقول قوله بلا عوض اى بلا شرط عوض (قوله وقال الشافعى لا شفعة فيما لا يقبل القسمة الخ) لانها عنده لدفع ضرر القسمة وعندنا لدفع ضرر الجوار درر ولا شفعة للجار عنده بل للشريك فقط والذى يظهر من كلام الزيلعى كون المحذور عنده دفع اجرة القسام كذا ذكره عزمى زاده وعبارة العينى انها عنده لدفع ضرر القسمة فلا تتحقق الا فيما يقسم وعندنا لدفع ضرر الجوار على الدوام ولا اختصاص لذلك بالمقسوم (قوله لا فى عرض) العرض بالسكون ما ليس بعقار فيكون ما بعده من عطف الخاص على العام در لقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا فى ربع او حائط ولان الشفعة ثبتت بالنص على خلاف القياس فى العقار ولا يجوز الحاق المنقول به لانها شرعت لدفع ضرر الجوار على الدوام والمنقول لا يدوم الضرر فيه كما يدوم فى العقار زيلعى (قوله وقال مالك تثبت فى السفن) لانها تسكن كالعقار ولنا ما سبق من قوله عليه السلام لا شفعة الا فى ربع او حائط زيلعى (قوله بلا عرصة) ولو شرى دارا بمكة هل يصح وتجب الشفعة عن ابى حنيفة روايتان فى الجامع الصغير بيع الارض لا يجوز وانما يجوز بيع البناء فلا تجب الشفعة وروى الحسن عن ابى حنيفة انه يجوز وللشفيع الشفعة وهو قولهما وعليه الفتوى لانه باع المملوك كذا ذكره ابن الشحنة معزيا للتجنيس وغيره قال العلامة المقدسى ولا يخفى ان مفاده ان الشفعة انما تثبت بناء على القول بأن ارضها مملوكة لان مجرد البناء فيها يوجب ثبوت حق الشفيع فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره من الابنية حموى فقول المقدسى فيكون حكمه مخالفا لحكم غيره صريح فى ان حق الشفعة يثبت فى بيع البناء بغير مكة مجردا عن الارض ويفيد أيضا ان اختلاف الروايتين عن الامام بالنسبة لبيع البناء بمكة فان قلت ما نقله الحموى عن المقدسى وغيره كابن الشحنة من ان الشفعة تثبت فى مجرد البناء مخالف لقول المصنف ولا فى بناء ونخل بيعا بلا عرصة قلت لا نسلم المخالفة اذ كلام المصنف يحمل على ما اذا لم يكن لمن له البناء حق القرار كما اذا كانت الارض والبناء لرجل فباع البناء وحده بدون الارض فوجه عدم ثبوت الشفعة ان من له الملك فى البناء وحده ليس له حق القرار حتى لو سقط البناء لم يكن له حق الاعادة بل لو طالبه مالك الارض بقلع بنائه كان له ذلك فلا يكون البناء فى هذه الصورة ملحقا بالعقار فلا تثبت فيه الشفعة فلا ينافى ما ذكره المقدسى وغيره اذ هو محمول على ما اذا كان لمالك البناء حق القرار كما يستفاد من التعليل الذى قدمناه عن الدر معزيا للدرر بأن كان البناء بارض محتكرة حتى لو سقط بناؤه فى هذه الصورة كان له حق الاعادة ولا يملك من له الحق فى الارض الطلب عليه بقلع بنائه وانما له الطلب عليه بالحكر فقط فظهر كون البناء فى هذه الصورة ملحقا بالعقار فلا شبهة حينئذ فى ثبوت حق الشفعة فيه ومن هنا يعلم خطأ من افتى بأنه لا شفعة فى البناء بالارض المحتكرة كالطورى اذ لا سند له فى فتواه سوى قول المتن ولا فى بناء ونخل بيعا بلا عرصة وقد علمت انه ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا لم يكن له حق القرار توفيقا بين كلامهم ويدل على ما ذكرناه من التقييد ما ذكره ابن فرشته فى شرح المجمع بعد قول المتن ولا تجب الشفعة فى غير العقار حيث قال حتى لو بيع النخل وحده او البناء وحده فلا شفعة لانهما لا قرار لهما بدون العرصة الخ فتعليله بانه لا قرار لهما

مطلقا (ملك بعوض) احترازا عن الهبة بلا عوض (هو مال) احترازا عن المهر فيما اذا دفع العقار مهرا وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة فيما لا يقبل القسمة وانما هى فى العقارات التى لا ينتفع باقتسامها بعد القسمة كالحمام والرحى والبئر والطريق وقال مالك لا شفعة فى الآبار (الا فى عرض) أى لا تجب الشفعة فى عرض (وفلك) أيضا (و) قال مالك تثبت فى السفن (و) لا تجب الشفعة فى (بناء ونخل بيعا بلا عرصة و) لا تجب فى (دار

قوله يعلم خطأ من افتى الخ ما افتى به من عدم الشفعة هو الصواب والخاطئ هو ابو السعود كما سبق التنبيه عليه بالعزو الى حواشى الدر

بدون العرصة كالتصريح بثبوت حق الشفعة فيما اذا بيع البناء بالارض المحتكرة لما له من حق القرار (قوله جعلت مهرا) وكذا لو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها او بالمسمى عند العقد او بعده حيث تثبت الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر زيلعي قال في العناية واعترض بان البيع بمهر المثل فاسد لجهالته ولا شفعة في الشراء الفاسد واجيب بانه جاز ان يكون معلوما وبان جهالته في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما افضت اليها (قوله فما اصاب الالف الخ) لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المالية المقصودة دون التبع الا ترى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه زيلعي (قوله جعلت أجرة) وما في العيني من قوله بأن استأجر حماما بدار يدفعها اليه عوض الاجرة صوابه اسقاط لفظ عوض وكذا قوله بان خالعها على دار يدفعها اليها صوابه دفعها اليه (قوله بان استأجر دابة وجعل اجرتها دارا) وما قيل أي جعلت الدار أجرة لدار أخرى مستأجرة مجرد تمثيل لا انه شرط في التصوير كما توهمه عزمي (قوله او عوض عتق) لان الشفعة انما شرعت في معاوضة المال بالمال وهذه العقود ليست كذلك وصورته ان يقول لعبده اعتقتك بدار فلان فوهب فلان الدار للعبد فدفعها الى المولى حموي (قوله وعند الشافعي تجب فيها الشفعة) لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة اذ لا عوض فيها راسا ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيره بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم زيلعي وغيره بتصرف (قوله لانه لو وهبت بعوض الخ) صواب العبارة لانها أي الدار الا ان يجعل الضمير ضمير الشأن حموي او نقول ذكر الضمير لتأويل الدار بالعقار (قوله تجب فيها الشفعة) لانها بيع انتهاء ولا بد من القبض فانه اذا وهب دار الرجل على ان يهبه الآخر ألف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وفي المبسوط الهبة بشرط العوض انما تثبت الملك للموهوب له اذا قبض الكل فلو وهب دارا على عوض ألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له ان يأخذ الدار بالشفعة ولا بد أن لا يكون الموهوب وعوضه شائعا لانه هبة ابتداء عناية ودرر بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب عليها فامتنع الرجوع وصورته ان يقول وهبتك هذا على أن تعوضني كذا واجمعوا انه لو قال وهبت لك هذا بكذا انه بيع حموي عن الاختلاف ثم اعلم ان الشفعة اذا وجبت في الموهوب انما تجب بمثل العوض ان كان له مثل فان لم يكن وجبت بقيمة الدار دري (قوله بخيار البائع) لان خياره لا يخرجها عن ملكه عيني (قوله فان اسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع عن زوال ملك البائع ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا عند ذلك وقيل عند البيع وصحح عناية ودرر (قوله ولو كان الخيار للمشتري الخ) لان المبيع خرج عن ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف في انه هل دخل في ملك المشتري او لم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة انه لو ادعى انه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لاعترافه بخروجه عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ثم اذا أخذها الشفيع في مدة الخيار لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط والشرط انما كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله أن يأخذ بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة لانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفي

لاستحقاق

جعلت مهرا) مطلقا سواء قوبل ببعضها مال أو لا حتى لو تزوج امرأة على دار على ان ترد هي على الزوج ألف درهم فلا شفعة في شيء منها عند أبي حنيفة وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما اصاب الالف تجب فيها الشفعة (او اجره) أي لا تجب الشفعة في دار جعلت أجره بأن استأجر دابة وجعل أجرتها دارا (أو بدل خلع او) جعلت الدار (بدل صلح عن دم أو) جعلت الدار (عوض عتق) وعند الشافعي تجب فيها الشفعة والمراد بالدم دم العمد لانه لو صالح بها عن دم الخطا تجب فيها الشفعة (أو وهبت) أي لا تجب الشفعة في دار وهبت (بلا عوض مشروط) خلافا للشافعي وقيد به لانه لو وهبت بعوض مشروط تجب فيها الشفعة (أو بيعت بخيار البائع) أي لا تجب الشفعة في دار بيعت بخيار الشرط للبائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة في الحال

لاستحقاق الشفعة كالمأذون والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يسقط خياره بالاخذ لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته اولى لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية ثم اذا احضر شفيع الدار الاولى كان له اخذها بالشفعة لان الشفيع اولى من المشترى وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة لانعدام السبب واتصاله بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى ولو باع داره على ان يضمن له الشفيع الثمن عن المشترى فضمن او اشترى المشترى الدار على ان يضمن له الشفيع الدرك عن البائع فضمن جاز البيع ولا شفعة له بخلاف ما اذا اشترط المشترى الخيار للشفيع ثلاثة ايام حيث تكون الشفعة للشفيع لان اشتراط الخيار له كاشتراطه لنفسه وذلك لا يمنع وجوب الشفعة زيلعى وحاشيته للشلبى واشار الزيلعى بقوله ولانه صار أحق بالمبيع من غيره الى ان ثبوت الشفعة فيما اذا اشترط المشترى الخيار لنفسه لا يخص مذهب الصاحبين بل على مذهب الامام أيضا لان شرط الخيار له وان منع من دخول المبيع فى ملك المشترى لكنه صار احق بالمبيع من غيره وأشار بقوله كالمأذون والمكاتب الى الجواب عن اشكال يرد على الامام وهو ان استحقاق الشفعة باعتبار ثبوت الملك للمشترى والمشترى بشرط الخيار لا ملك له فكيف تثبت الشفعة فى مدة الخيار للمشترى بأن يقال ان المشترى صار اخص بالتصرف فيها فباعتباره يتحقق الضرر المحوج الى الدفع عن نفسه وصار كالمكاتب وفى هذا المقام اشكال آخر يعلم بمراجعة التكملة للديرى (قوله او بيعت فاسدا الخ) وان بيعت دار بجنبها وهى فى يد البائع بعد فللبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشترى فهو أى المشترى شفيعها لان الملك له لا يقال فى ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد فى التى أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لا ينتقل الشراء الفاسد من المشترى الى الشفيع بوصف الفساد وفى ذلك تقريره فلا يجوز (قوله اى لا تجب الشفعة فى دار بيعت بيعا فاسدا) وهذا اذا وقع البيع فاسدا فى الابتداء كما فى العناية اما اذا طرأ الفساد فانه يبقى حق الشفعة كما لو اشترى ذمى من ذمى دارا بخمر فلم يتقابضا حتى اسلما أو اسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يقبض الخمر فان البيع يفسد وللشفيع الشفعة (قوله ويجب على المشترى قيمتها) يعنى لا ما سمى لان الواجب فى البيع الفاسد القيمة لا المسمى حموى وتعتبر القيمة يوم القبض شلبى (قوله ووجبت الشفعة أيضا) ويأخذها بأى البيعين شاء فان أخذ بالثانى اخذها بالثمن وان بالاول فبالقيمة وان أخرجها بغير البيع كالهبة والمهر نقض تصرفه وأخذت بالقيمة شرنبلالية (قوله او قسمت بين الشركاء) لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه درر وعزمى زاده (قوله وسلم الشفيع الخ) ولو لم يسلم الشفيع كان له الاخذ مع كل فسخ وبدون فسخ لكن فى الخيار للبائع عند اسقاطه الخيار كما تقدم شرنبلالية (قوله بخيار رؤية الخ) لان الرد بخيار الرؤية والشرط فسخ من كل وجه (قوله يتعلق بالعيب) فقط كما يرشد الى ذلك قول المصنف بعد وتجب لو ردت بعيب بلا قضاء لكن صريح عبارة الدرر انه متعلق بالجميع قال السيد الحموى وفيه نظر ولم يبين وجهه ووجهه كما فى الشرنبلالية ان الرد بخيار رؤية او شرط كيفما كان لا تجب الشفعة فيه بخلاف الرد بالعيب فان قضاء القاضى فيه شرط لعدم وجوب الشفعة على ان القضاء فى الرد بعيب ليس شرطا لابطال الاخذ بالشفعة مطلقا بل بعد القبض لانه قبل القبض فسخ من الاصل كما فى الكافى وغيره الخ (قوله ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه) أى لا فرق فى الرد بالعيب اذا كان بقضاء القاضى بين القبض وعدمه حيث لا تجب الشفعة فى الوجهين لانه فسخ من الاصل وأما الرد بعيب بعد القبض اذا لم يكن بقضاء ففيه الشفعة لانه عاد الى ملكه بقبوله ورضاه فصار كشراء مبتدأ فتعلق به الشفعة حموى عن البناية (قوله ومراده الرد بالعيب الخ) أى مراد القدورى رحمه الله قال الزيلعى وانما يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار

(او بيعت فاسدا) اى لا تجب الشفعة فى دار بيعت بيعا فاسدا (مالم يسقط حق الفسخ بالبناء) فان بنى المشترى فيها انقطع حق البائع فى الاسترداد ووجب على المشترى قيمتها ووجبت الشفعة فيها عند ابى حنيفة وعندهما لا لانقطاع حقه فى الاسترداد فلا تجب فيه الشفعة وتخصيص سقوط حق الفسخ بالبناء اتفاقى لانه لو سقط حق البائع فى الفسخ بان باع المشترى او وهب (ايضا او قسمت بين الشركاء) اى لا تجب الشفعة فى دار قسمت بين الشركاء اذا وقعت بينهم (او سلمت شفعته) اى لا تجب الشفعة فى دار اشتريت وسلم الشفيع الشفعة (ثم ردت بخيار رؤية او شرط او بخيار عيب بقضاء) يتعلق بالعيب فقط ولا فرق فى هذا بين القبض وعدمه (وتجب) الشفعة (لو ردت بعيب بلا قضاء او تقايلا) خلافا لزفر ومراده الرد بالعيب بعد القبض

عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكن حمله على البيع واما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فالمانع من حمله على البيع لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند أبي يوسف مطلقا مالم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة وان كان فسخا في حقهما لكن بيع جديد في حق غيرهما فامكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين ان يكون قبل القبض او بعده وتعقبه الشلبي نقلا عن خط قارى الهداية بأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ في حق الكل حتى كان له ان يرده على بائعه وان كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية فبطل بحثه انتهى (قوله لان قبله فسخ من الاصل) وان كان بغير قضاء كما في الهداية فلا شفعة لانه قبل القبض لا يحتاج الى قضاء القاضي لكونه فسخا من الاصل وكذلك لا يحتاج الى رضا صاحبه أيضا بل ينفرد برده بغير رضاه حموى عن البناية

(باب ما تبطل به الشفعة)

(قوله وتبطل بترك طلب المواثبة الخ) اقول هذا مستدرك فكان ينبغي تركه شرنبلالية وقال شيخنا قد يقال لا استدراك لان ذكره هنا ذكر له في محله لان الباب عقد له انتهى فان قلت الجواب ليس بظاهر لان صاحب الدرر لم يعقد لبطلانها بترك الطلب بابا قلت بل عقده فيما سبق حيث قال باب ما تكون هي اى الشفعة فيه اولا تكون وما يبطلها انتهى (قوله حتى لو ترك الشفيع طلب المواثبة الخ) ولو جهل البطلان حموى (قوله وهو طلب التقرير) أى الاشهاد المفهوم من قوله اشهد على أحد المتبايعين هو طلب التقرير وفيه نظر فان الاشهاد على من ذكر ليس طلب التقرير وأيضا الاشهاد على طلب التقرير ليس شرطا كما في البدائع اللهم الا أن يقال تأويل كلامه انه ترك الاشهاد على طلب التقرير مع القدرة على ذلك بأن كان عنده رجلان أو رجل وامرأتان فانه اذا ترك الاشهاد والحالة هذه كان اعراضا عن الشفعة فتبطل حموى (قوله وبالصلح الخ) لانه تسليم كما في الدرر وكذا اذا باع شفعته بمال ولا يلزم المال در ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بألف اوقال العنين لامرأته اختارى ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة والاصح ان الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال زيلعى يعنى اذا قال الكفيل بالنفس للمكفول له صالحنى على كذا وتسقط مالك من حق الطلب ديرى (قوله على عوض) فلو كان على نصف الدار بنصف الثمن جاز الصلح بخلاف مالو صالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن حيث لا يجوز الصلح لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض عناية (قوله وعليه رده) لان حق الشفيع ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل زيلعى (قوله وبموت الشفيع قبل القضاء بالشفعة) ولا تورث لانها مشيئة فتبطل بموته كالخيار حموى (قوله لا المشترى) لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما انتقل الى الورثة كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضى بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه كذا في الزيلعى (قوله وببيع ما يشفع به) ولو باع التى يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشترى بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشترى اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول أو الثانى بخلاف مالو شراها ابتداء قبل ثبوت حق الاخذ لانه لم يتضمن اعراضا فلا شفعة لمن دونه وكذا اذا استأجرها الشفيع أو ساومها بطلت لانه دليل الاعراض زيلعى ودر ولو جعل الشفيع

لان قوله فسخ من الاصل
(باب ما تبطل به الشفعة) (وتبطل بترك طلب المواثبة او طلب التقرير) حتى لو ترك الشفيع وهو يقدر المواثبة حين علم بالبيع أو لم يشهد على ذلك بان لم يأخذ احدهما أو لم يكن في الصلاة بطلت شفعته وكذلك لو طلب المواثبة ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وهو طلب التقرير بطلت شفعته (و) تبطل (بالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده و) تبطل (بموت الشفيع لا المشترى و) تبطل (ببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة) مطلقا

ما يشفع به مسجدا أو مقبرة أو وقفا مسجلا يعني قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته درر و ينبغي على القول بلزوم الوقف بمجرد القول أن تسقط الشفعة به وان لم يسجل شرنبلالية (قوله سواء علم الخ) لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق فصار كالتسليم الصريح ألا ترى انه لا يرتد برد المشترى ولا يتوقف على قبوله وكذا ابراء الغريم زيلعي وعيني (قوله اشارة الى انه لو مات أو باعه الخ) اعلم ان هذه الاشارة لا تتم الا اذا جعل قوله قبل القضاء متعلقا بكل من موت الشفيع و بيع ما يشفع به حموى واعلم ان التقييد بما قبل القضاء يحمل على ما اذا امتنع المشترى من التسليم للشفيع بقرينة ما سبق من قول المصنف وتملك بالاخذ بالتراضي الخ (قوله ولا لمن باع أو بيع له) لانه يلزم نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ بالشفعة ينافيه زيلعي و ينبغي ان يزاد على قول المصنف ولا لمن باع أو بيع له فيقال أو يكون متمما بيعه ففي الكافي للمصنف دار لها شفعاء ثلاثة اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على ان لاحدهما سدسها وللآخر خمسة اسداسها صح الشراء ولا شفعة لاحدهما على الآخر لانهما متى اشتريا صفقة واحدة صار كل واحد منهما متمما عقد صاحبه لانه لا يصح شراء أحدهما الا بقبول الآخر فلو أخذه منه كان ساعيا في نقض ما تم به مقدسي (قوله سواء كان أصيلا أو وكيلا) فيه ان هذا التعميم في كلام المصنف يفضي الى التكرار حموى (قوله ولا شفعة لمن بيع له) وهو الموكل لان تمام البيع به اذ لولا توكيله لما جاز بيعه (قوله ورب المال شفيعها) فلا شفعة له لان البيع له وكذا اذا كان عبدا مأذونا له في التجارة فباع الدار ليس للمولى الشفعة فيها لما ذكرنا عيني (قوله أو ضمن الدرك عن البائع) لان تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشترى الا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعيا في نقض ما تم من جهته عناية (قوله والموكل شفيع كان له الشفعة) الا ترى انه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له حموى عن النهاية (قوله وفائدته أنه لو كان المشترى أو الموكل بالشراء الخ) صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيعت الدار فاشتراها أحد الشركاء ثبتت الشفعة للمشترى سواء شرى اصالة أو وكالة وكذا تثبت للموكل اذا اشتراها الوكيل لاجله وتثبت أيضا للشريك الآخر بخلاف الجار حيث لا تثبت له الشفعة لان الشريك مقدم عليه درر وقوله فاذا بيعت الدار أي باع أحد الشركاء ما يخصه فيها وقوله واشتراها أحد الشركاء أي اشترى الحصة المبيعة (قوله وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم الخ) والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشترى فاذا سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحقه بيانه انه اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم انها بيعت بأكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان أكثر من ذلك كان ارضى بالتسليم وان علم انها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف او اكثر فهو على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه في أحد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر فربما يسهل عليه اداء احدهما و يتعذر الآخر وكذا كل موزون او مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف او اكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمته دراهم أو دنانير ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم فكذا هذا وان كان أقل فهو على شفعته وكذا لو أخبر ان الثمن عرض ثم ظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته درر وزيلعي (قوله بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعبد الخ) لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسر حموى ولو قيل انها بيعت بجارية ثم تبين انها بيعت بعبد أو عرض آخر ينظر ان كانت قيمة العبد او العرض مثل قيمة الجارية او اكثر بطلت وان كانت اقل لم تبطل لان الواجب القيمة اختيار (قوله ثم علم انها بيعت بدنانير قيمتها ألف او اكثر فلا شفعة) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان والقياس ان تثبت له الشفعة زيلعي

سواء علم بالشراء أو لا قوله قبل القضاء اشارة الى انه لو مات أو باعه بعد القضاء بالشفعة لا تبطل (ولا) شفعة (لمن باع) مطلقا سواء كان أصيلا أو وكيلا (و) لا شفعة لمن (بيع له) وهو الموكل وهذا لو باع المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له (أو ضمن الدرك) أى لا شفعة لمن ضمن الاستحقاق (عن البائع ومن ابتاع او ابتيع له فله الشفعة) أى تجب الشفعة للمشترى مطلقا سواء اشترى اصالة او وكالة وكذا تجب الشفعة لمن وكل آخر بالشراء فاشترى لاجل الموكل والموكل شفيع كان له الشفعة وفائدته انه لو كان المشترى او الموكل بالشراء شريكا او للدار شريك آخر فلهما الشفعة ولو كان هو شريكا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده (وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم) الشفيع الشفعة (ثم علم انها بيعت بأقل) منه (أو) بيعت (ببر او شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعبد قيمته ألف أو أكثر حيث يصح التسليم كما اذا علم انها بيعت بأكثر من الالف (ولو) قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم (بان انها بيعت بدنانير قيمتها ألف) أو أكثر (فلا شفعة) وان كان اقل فهو على شفعته

(قوله وقال زفر الخ) وهو قول أبى حنيفة أيضا كما فى الزيلعى وعليه فيكون لابى حنيفة قولان (قوله له الشفعة فى الوجهين) لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما فى البيع ووجه الاستحسان انهما جنس واحد فى الثمنية وكلا منا فيه ولهذا يضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة زيلعى (قوله وان قيل ان المشترى فلان فسلم الشفعة فبان انه غيره الخ) لتفاوت الناس فى الاخلاق فمنهم من يرغب فى معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم فى حق البعض لا يكون تسليما فى حق غيره ولو علم ان المشترى هو مع غيره كان له ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد فى حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة فى الكل لانه سلم النصف وكان حقه فى أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم فى الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفى عكسه لا شفعة فى ظاهر الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه كلها ولان رغبات الناس فى الجمل اكثر عادة من رغبتهم فى الاشقاص لخلو الجمل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فالاولى ان لا يرغب فى التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف لتتم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ماذكره فى ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل زيلعى ولو سلم ولم يعلم بالشراء بطلت بخلاف مالو ساومه لانها غير موضوعة للاسقاط وانما تسقط لما فيها من دليل الرضا والرضا بدون العلم لا يتحقق بخلاف التسليم وأورد ان بيع ما يشفع به يبطلها وان لم يعلم مع انه لم يوضع للتسليم وأجيب بان بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط فكان كالموضوع له ديرى (قوله وفى عكس هذا لا تبطل الشفعة) وهو ما اذا أخبر ببيع البعض فسلم فظهر انه بيع كلها وانما لا تبطل الشفعة فى هذا لانه اسقط حقه عن النصف ولم يسقط حقه عن الباقى فلا يلزمه سقاط الحق فى بقية الدار كذا فى البناية ومقتضاه ثبوت الشفعة فى الباقى لا فى جميع الدار كذا ذكره الحموى وقد وقع هنا فى كلام بعضهم خطأ فاحش حيث عزا للزيلعى ان علة عدم بطلان الشفعة فى هذه المسئلة هو ان التسليم فى النصف ليس تسليما فى الكل ثم قال وهذا يقتضى ثبوت الشفعة فى النصف الباقى لا فى الكل مع ان ماذكره من هذا التعليل لا وجود له فى كلام الزيلعى أصلا وأيضا الزيلعى مصرح بثبوت الشفعة له فى الكل فتنبه (قوله وان باعها الا ذراعا الخ) شروع فى حيل منع الشفعة حموى (قوله الا ذراعا) قال فى الدر ركذا لا تثبت الشفعة فيما بيع الا ذراع ومافى الوقاية من قوله الا ذراعا بالنصب كأنه سهو وأجاب عزمى بانه مستثنى من ما لا من الضمير المستتر فى بيع الخ فيكون النصب على التبعية باعتبار محل المجرور وأما التبعية للضمير فى بيع فمقتضية لرفع ذراع كما هو قاعدة الاستثناء من كلام تام غير موجب لان كذا نفى معنى كما لا يخفى كذا بخط شيخنا ثم رأيت فى حاشية نوح أفندى ما نصه ولم يظهر للعبد الضعيف وجه الرفع لانه لو كان مرفوعا لكان نائب فاعل بيع أو بدلا منه ولا يجوز ان يكون نائب فاعل بيع لان نائب فاعله ضمير مستتر فيه راجع الى ما الموصولة والفعل الواحد لا يسند الى فاعلين الا بطريق العطف او البدلية وحكم نائبه كحكمه وكذا لا يجوز ان يكون بدلا منه لان ذلك لا يكون الا فى كلام غير موجب وهذا كلام موجب والذى ظهر لى انه ان كان مستثنى من اسم الموصول جاز فيه النصب على الاستثنائية والجر على البدلية وان كان مستثنى من الضمير المستتر فى بيع وجب النصب على الاستثنائية فقط انتهى وقوله وكذا لا يجوز ان يكون بدلا منه لان ذلك لا يكون الا فى كلام غير موجب الخ فيه نظر يعلم وجهه مما سبق عن خط شيخنا (قوله وتمام الطول) بالنصب عطفا على ذراعا ولا يجوز الرفع حموى (قوله فلا شفعة له) لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق عينى وزيلعى وفيه تأمل ولو اقر له به جعله الخصاف من الحيل ورده بعضهم بان الشركة لم تثبت الا باقراره فلا يظهر فى حق الشفيع حموى فتنبه (قوله وان ابتاع الخ) يأتى

وقال زفر له الشفعة فى الوجهين
(وان قيل له ان المشترى فلان فسلم)
الشفعة (فبان انه غيره فله الشفعة)
ولو علم ان المشترى هو وزيد مع غيره
فله أخذ نصيب غيره وان اخبر انها
كلها بيعت فسلم ثم ظهر انه بيع
البعض لا شفعة له وفى عكس هذا
لا تبطل الشفعة (وان باعها الا ذراعا)
او شراء عرضا وتمام الطول (فى جانب
الشفيع فلا شفعة له وان ابتاع منها
سهما بثمن) الكل (الا درهما ثم
ابتاع بقيتها) بدرهم (فالشفعة للجار
فى السهم الاول) بما اشتراه (فقط)
اى دون السهام الباقية

مثله في المسئلة الاولى بأن يبيع ذراعا في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما والباقي بدرهم فأيهما خاف من صاحبه شرط الخيار لنفسه ولو خافا شرطا معا ويخيران معا ولو خاف كل ان اجاز لم يجز الآخر وكل كل وكيلا وشرط ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه (قوله وفي المستصفى الخ) مثله في زيادات قاضيخان على ماذكره في لطائف الاسرار شرح التسهيل ونصه اشترى جزأ من دار ثم اشترى الباقي احتيالا للشفعة كان للشفيع أن يأخذ الكل انتهى وقوله احتيالا للشفعة اى لابطالها (قوله اما اذا بلغه الخ) عبارة المستصفى اما اذا بلغه البيعان (قوله جار فيهما) اى في البيعين (قوله يقتضي الاطلاق) اى يقتضي ان لا شفعة له في الباقي ولو بلغه البيعان معا كذا ذكره ابن قاضي سماويه في كتابه شرح لطائف الاسرار (قوله فالشفعة بالثمن لا الثوب) لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار وهذه حيلة تعم الشركة والجوار لانه يبتاع العقار باضعاف قيمته ويعطيه ثوبا قيمته قدر قيمة العقار لكن اذا استحق تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبها عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين انه ليس عليه فيجب على بائع العقار الثمن كله والحيلة ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن من الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من لدراهم ثم اذا استحق العقار تبين انه لادين على المشتري فبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير كذا في التبيين ومن الحيل ماذكره في الدرر شرى بدراهم معلومة امابالوزن أو الاشارة مع قبضة من الفلوس أشير اليها وجهل قدرها وضيع الفلوس بعد القبض فان الثمن معلوم حال العقد ومجهول حال الشفعة وجهالة الثمن تمنع الشفعة (قوله ولا تكره الحيلة الخ) هي ما يتكلف لدفع مكروه أو جلب محبوب (قوله وعند محمد تكره) لانها وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام وبه قال الشافعي ولابي يوسف انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وان تضرر غيره في ضمنه وهو رواية عن ابي حنيفة عيني (قوله فهذه الحيلة مكروهة بالاتفاق) مقتضاه ان القول بالاتفاق متفق عليه وهو خلاف صريح كلام العيني على انه مخالف لما اقتضاه سياق كلامه حموي (قوله وقيل يفتى في الشفعة الخ) قال العيني وهو المختار عندي (قوله وأخذ الشفيع حظ البعض الخ) والفرق ان الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة على احد والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد دون المالك فلو وكل واحد جماعة فشرى واله عقارا واحدا صفقة واحدة أو متعددة للشفيع أخذ حظ احدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد زيلعي (قوله مطلقا) يقابل هذا الاطلاق ما سيأتي من التفصيل بقوله وروى الحسن الخ (قوله سواء كان قبل القبض أو بعده وهو الصحيح) لان له ان يحبس كل المبيع الى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع وهو معنى قوله فيما سيجيء ولكنا نقول قبل القبض الخ كذا بخط شيخنا (قوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل الخ) لم ينقل هذا في الذخيرة عن الحسن وانما قال وروى بعضهم ان المشتري اذا كان اثنين لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب احدهما قبل القبض لان التملك يقع على البائع فيفرق عليه الصفقة بخلاف ما بعد القبض لان التملك يقع على المشتري حموي وجوابه ما قدمناه من ان حبس الجميع لاستيفاء جميع الثمن فلا يلزم تفريق الصفقة عليه والى هذا أشار اليه بقوله ولكنا نقول قبل القبض الخ ولما خفي على الحموي سر قول الشارح ولكنا نقول الخ قال يتأمل فيه حق التأمل (قوله مالم ينقد الآخر من المشترين الخ) أي الجميع كما في الزيلعي كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين انفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشتري واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو الكل جملة لان العبرة في هذا الاتحاد الصفقة لا الاتحاد

وفي المستصفى شرح النافع للعلامة النسفي تأويل المسئلة اذا بلغه بيع سهم منها فرده اى رد الطلب اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل صاحب الهداية هذه المسئلة بقوله لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيقدم عليه يقتضي الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب (وان ابتاعها بثمن ثم دفع) المشتري الى البائع (ثوبا) حال كونه عوضا (عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) عند ابي يوسف وعند محمد تكره ثم الحيلة في هذا الباب نوعان حيلة لاسقاطها بعد وجوب الشفعة نحو ان يقول المبتاع للشفيع انا ابيعها منك بما اشتريت فلا فائدة لك في الاخذ فيقول الشفيع نعم أو ما يدل على الرضى بطلت شفعته او يقول له انى وهبت منك الدار فتقبل مني فلما قال قبلت تبطل شفعته ثم يمتنع عن التسليم فلا تتم الهبة وان سلم اليه يرجع في هبته فهذه الحيلة مكروهة بالاتفاق والثانية حيلة قبل وجوب الشفعة وهي ما عدها في هذا الباب وقيل يفتى في الشفعة بقول أبي يوسف وبقول محمد في الزكاة كذا في الاصل (وأخذ) الشفيع (حظ البعض بتعدد المشتري) مطلقا (لا بتعدد البائع) أي اذا اشترى خمسة مثلا دارا من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب أحدهم ويترك الباقي ان شاء وان يأخذ نصيب الكل ان شاء سواء كان قبل القبض او بعده وهو الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم اذا نقد الشفيع ما عليه مالم ينقد الآخر من المشترين حصته من الثمن وان اشتراها رجل من خمسة أخذها الشفيع كلها او تركها وليس له ان يأخذ البعض دون البعض وقال الشافعي له أن يأخذ حصة احدهم (وان اشترى نصف دار

الثمن واختلافه انتهى (قوله غير مقسوم) قيد به لانه لواشترى نصفا مقسوما ولم يكن بحذاء دار الشفيع بأن كان فى الجانب الآخر لاشفعة للشفيع فيه وهو نظير ماتقدم من قوله وان باعها الاذراعا الخ (قوله أى البائع) أى بقسمة المشترى مع البائع يحترز به عما لوقاسم المشترى غير البائع وسنوضحه (قوله وليس له نقض القسمة) سواء كانت بالحكم أو بالتراضى لان القسمة من تمام القبض اذ بها يكمل الانتفاع والشفيع لاينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا مايتمه لان القبض بجهة البيع له حكمه فكما لاينقض البيع الاول لايملك نقض القبض ليجعل نقض القبض الموجود بجهته حموى فان قلت فى القسمة معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته قلت فيها افراز من وجه ولهذا يجرى فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجرى فيها احكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية فبالنظر الى هذا يملك وبالنظر الى ذلك لايملك فلا يملك بالشك عينى (قوله أما اذا وقع فى الجانب الآخر فلا) أى فلا يأخذ حظ المشترى لانه لاشفعة له اذا وقع فى الجانب الآخر كذا ذكره الحموى وفيه تأمل والاولى ان يقال لانه لايبقى جارا فيما يقع فى الجانب الآخر كما ذكره العينى والزيلعى (قوله لانه اذا قسم المشترى يكون له نقض القسمة) أى يكون للشفيع نقض القسمة وفيه تأمل حموى ولم يبين وجهه ووجهه ان ماذكره الشارح من ان للشفيع نقض قسمة المشترى مخالف للزيلعى حيث قال أى لواشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البائع أخذ نصيب المشترى الذى حصل بقسمته وليس له ان ينقضها الخ واجاب شيخنا بحمل ماذكره الشارح على ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه كما ذكره الزيلعى وغيره كالتنوير لان العقد لم يقع مع الشريك الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته (قوله وللعبد الخ) لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من الآخر يجوز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد لكون المولى لايملك مافى يد العبد المديون أو لكون العبد احق به زيلعى (قوله بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين) الظاهر ان يقال بخلاف ما اذا لم يكن مستغرقا بالدين ولهذا قال العينى صورته رجل باع دارا وللبائع عبد مأذون له فى التجارة وعليه دين محيط بماله ورقبته فللعبد ان يأخذ الدار بالشفعة لانه كالاجنبى عنه انتهى ولذا صرح بكونه مستغرقا فى الزيلعى وغيره كالدرر (قوله فانه لاشفعة للمولى) لان بيعه لمولاه ولاشفعة لمن بيع له على مامر عينى (قوله أما لو اشتراه فلمولاه الشفعة) لانه ابتيع له وقد مر ان من ابتاع أو ابتيع له لاتبطل شفعته عينى (قوله وصح تسليم الشفعة من الاب والوصى) هذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر مما لايتغابن فى مثله فقيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لايجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لايملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبى فيكون الصبى على حقه اذا بلغ وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند ابى حنيفة لايصح تسليم الاب والوصى ولا رواية عن ابى يوسف عينى مع عناية (قوله وشفيعها صبى) أو مجنون عناية (قوله حتى لايكون للصبى ان يأخذها اذا بلغ) وان لم يكن له اب ولا وصيه ولا جد ابو الاب ولا وصيه ولا وصى نصبه القاضى فهو على شفعته اذا أدرك كذا فى العناية وهو ظاهر فى انه ليس له الشفعة بعد بلوغه بعد وجود واحد مما ذكر سواء سلم ام لا فيخالفه قول المصنف وصح تسليم الشفعة الخ لانه يفيد انه لايشترط لعدم ثبوت الشفعة للصغير اذا بلغ وجود التسليم من ابيه أو وصيه وقد ظهر لى مابه يحصل التوفيق بأن يقال ليس المراد بالتسليم فى كلام المصنف قوله سلمت ونحوه بل المراد مايشمل مجرد السكوت عن طلب الشفعة حين علمه بالبيع حتى لو وجد للصغير اب أو وصى ولم يعلم بالبيع حتى بلغ الصغير فبلغه البيع بعد بلوغه كان على شفعته ولايمنع منه وجود ابيه أو وصيه وقت البيع لعدم وجود التسليم حقيقة أو حكما فتأمل (قوله وقال محمد وزفر لايصح) لانه ابطال لحق الصبى فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولهما ان

الاخذ

غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشترى) أى النصف (بقسمته) أى البائع مطلقا أى فى أى جانب كان ان شاء اوترك وليس له نقض القسمة وهو المروى عن ابى يوسف وعن أبى حنيفة انه انما يأخذ اذا وقع فى جانب الدار التى يشفع بها اما اذا وقع فى الجانب الآخر فلا وانما قال بقسمته لانه اذا قسم المشترى يكون له نقض القسمة (وللعبد المديون) المأذون (الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) أى اذا باع العبد المديون فلمولاه الشفعة والعبد مأذون له بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فانه لاشفعة للمولى اما لو اشتراه فلمولاه الشفعة (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصى) على الصغير عندهما حتى لو اشترى رجل دارا وشفيعها صبى فسلم أبوه او الوصى يصح تسليمه حتى لايكون للصبى ان يأخذها اذا بلغ وقال محمد وزفر لايصح حتى كان له ان يأخذها بالشفعة اذا بلغ

الاخذ بالشفعة فى معنى التجارة بل عينها ولان هذا التصرف دائر بين الضرر والنفع فيملك تركه بخلاف العفو عن القود ونحوه لانه ضرر محض اﻫ الزيلعى (قوله والوكيل) يعنى الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع عينى (قوله مطلقا) الاطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى المنقول عن أبى حنيفة واطلاق الصحة هو قول أبى يوسف الذى رجع اليه وعلى هذا يكون المصنف ماشيا على قوله حموى (قوله لا يصح تسليمه بحال) لانه أتى بضد ما أمر به وضمانه توكيل بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشترى فكذا هذا له ان يترك الشفعة انتهى غير ان أبا يوسف يقول انه وكيل مطلق فينفذ تصرفه مطلقا وأبو حنيفة يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا فى مجلس القاضى زيلعى (تتمة) قال للمشترى سلمتها لك ان ابتعتها لنفسك أو قال للبائع سلمت الشفعة اليك ان كنت ابتعتها من فلان لنفسه فهو كما قال لا يكون تسليما الا بوجود الشرط لانه اسقاط يقبل التعليق حموى

(كتاب القسمة)

الغرامات ان كانت لحفظ الاملاك فالقسمة على قدر الملك وان كانت لحفظ الانفس فهو على عدد الرؤس وفرع على ذلك الولوالجى ما اذا غرم السلطان أهل قرية فانها تقسم على هذا وفى فتاوى قارى الهداية ان خيف الغرق فاتفقوا على القاء بعض الامتعة فالغرم بعدد الرؤس لانها لحفظ الانفس انتهى واعلم ان القسمة تبطل بالشروط الفاسدة وان القسمة الفاسدة لا تفيد الملك بالقبض كما فى الاشباه وقوله فانها تقسم على هذا أى على ما ذكر من التفصيل (قوله اسم للاقتسام) أى اسم مصدر كالقدوة للاقتداء حموى (قوله ووجه المناسبة اﻫ) ذكر الاتقانى ان وجه المناسبة بينهما من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لان أقوى اسباب الشفعة الشركة فى نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لان التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة والسبب مقدم على المسبب أو يقال ان القسمة نافية للشفعة وقاطعة لها وذلك رجوع الى قوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفى يقتضى سبق الثبوت فكان بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على النافى كما فى الامر والنهى والنكاح والطلاق حموى (قوله ثم القسمة فى الاعيان) يشير الى ان القسمة نوعان قسمة فى الاعيان وقسمة فى المنافع والتعريف الذى ذكره المصنف للقسمة فى الاعيان وأما القسمة فى المنافع فلم يعرفها المصنف وهى شرعا مبادلة المنفعة بجنسها حموى وركنها فعل يحصل به التمييز بين الانصباء كالكيل والوزن والعد والذرع وسببها طلب الشركاء أو احدهم الانتفاع بحصته حتى اذا لم يوجد الطلب لا تصح القسمة وشرطها عدم فوت المنفعة فانها افراز ما لكل واحد قبل القسمة من الملك والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقى المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه وحكمه تعين نصيب كل على حدة لانه الاثر المترتب عليها ودليلها الكتاب ونبئهم ان الماء قسمة بينهم واذا حضر القسمة وقال تعالى واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول وانما يعلم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة والسنة لمباشرته عليه السلام لها فى الغنائم والمواريث والاجماع درر وزيلعى وشلبى فان قلت ما فى الدرر من قوله وشرطها عدم فوت المنفعة يشكل بما سيأتى من أنه اذا انتفع أحدهما دون الآخر لقلة نصيبه فانها تقسم بطلب ذى الكثير قلت ليس المراد فوت المنفعة بالنسبة لاحد النصيبين بل بالنسبة لهما معا دل على ذلك ما فى الشرنبلالية حيث قال فلهذا لا يقسم حائط وحمام ونحوهما بطلب أحدهما بقى ان يقال فى جعل الركن ما ذكر من الكيل ونحوه بحث لانهم اختلفوا فى ان أجرة القسمة على الرؤس أو الانصباء واتفقوا على ان اجرة الكيل ونحوه على الانصباء شرنبلالية عن المقدسى فلو كان الكيل

قوله سلمت الشفعة اليك ان كنت ابتعتها اﻫ أقول الصواب ان يقول سلمت الشفعة اليه ان كنت بعتها اﻫ فان حملت العبارة على ان البائع اشتراها بعد ما باعها كان الصواب ان يقول ان كنت ابتعتها من فلان لنفسك مع انه حينئذ يغنى عنه ما قبله فتأمل اﻫ مصححه

(و) صح تسليم الشفعة من (الوكيل) مطلقا أى اذا سلم الشفعة او اقر على الموكل انه سلمها فعند ابى حنيفة يصحان فى مجلس القاضى ولا يصحان فى غيره وقال ابو يوسف اولا لا يصحان كيف كانا ثم رجع وقال يصحان اين كانا وقال محمد لا يصح تسليمه بحال ويصح اقراره فى مجلس القاضى ولا يصح فى غيره

(كتاب القسمة)

القسمة فى اللغة اسم للاقتسام ووجه المناسبة ان الشفعة شرعت لدفع ضرر الجار وتكميل منفعة الملك جبرا وكذا القسمة شرعت لتكميل منفعة الملك ويجرى فيها الجبر الا ان فى الشفعة معنى المبادلة فتقدم ثم القسمة (جمع نصيب شائع فى) كل معين و) هى (تشتمل على الاعيان (هى جمع نصيب) لانه ما من جزء معين الافراز و) المبادلة) لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان ما يجتمع فى نصيب احدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فصار له عوضا عما فى يد صاحبه فكان مبادلة من حيث انه اخذ حق صاحبه فى مقابلة حقه وافرازا من حيث انه يقبض حقه ايضا

اوالوزن ركالما اختلفوا وكان يتعين أن تكون الاجرة على الانصباء كذا بخط شيخنا وأقول يجاب بما سيأتى عن الزيلعى من ان الكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف (قوله وهو الظاهر فى المثلى) لعدم التفاوت بين ابعاضه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن ان يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه فى القرض والصرف والسلم زيلعى (قوله كالمكيلات الخ) الظاهر أن يقال وهو المكيلات الخ حموى (قوله فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه) محله اذا كان المثلى مقبوضا للشريكين أما اذا كان غير مقبوض فلا حموى عن الشلبى وفى الدر عن الخانية مكيل أوموزون بين حاضر وغائب أوبالغ وصغير فأخذ الحاضر أوالبالغ نصيبه نفذت القسمة ان سلم حظ الآخرين والالا كصبرة بين دهقان وزراع أمره الدهقان بقسمتها فقسم ان ذهب بما أفرز للدهقان اولا فهلاك الباقى عليهما وان بحظ نفسه اولا فالهالك على الدهقان خاصة الخ (قوله أى فى غير المثلى الخ) للتفاوت فلا يمكن ان يجعل كانه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين (قوله ويجبر القاضى الشريك على القسمة فى متحد الجنس) لان فيه معنى الافراز والمبادلة يجرى فيها الجبر اذا تعلق بها حق الغير كالمديون يجبر على بيع ملكه لايفاء الدين شلبى واعلم ان اطلاق قول المصنف ويجبر فى متحد الجنس شامل لما اذا كان من ذوات الامثال أم لا كما فى الزيلعى خلافا لما فى الدرر من تقييده بغير المثليات (تنبيه) زرع لهما فى أرض لهما أراد قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل لا يجوز لانه مجازفة وهى لا تجوز فى الاموال الربوية قاله ابن الضياء قال فى الشرنبلالية وفى الخانية ما يخالفه وفى الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبى كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر الآبى فى ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبى فى غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففى قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات الجميع وفى قسمة ذوات الامثال يثبت خيار العيب فقط وفى قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبى سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى الخ شرنبلالية (قوله أى لا يجبر فى غير متحد الجنس) لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو توافقوا جاز لان الحق لهم وما فى الدرر من قوله لتعذر المبادلة بالباء صوابه المعادلة بالعين كما فى الهداية عزمى (قوله وندب نصب قاسم رزقه من بيت المال) لان القسمة تشبه القضاء فيرزق منه كما يرزق القاضى ابن فرشته وقال فى العناية ويجوز للقاضى ان يقسم بنفسه بأجر لكن الاولى ان لا يأخذ لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضى مباشرتها وانما الذى يفترض عليه جبر الآبى على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبى لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب عدم الاخذ انتهى ومثله فى التبيين وفى الدرر ما يخالفه حيث قال ثم ان الاجر هو اجر المثل وليس له قدر معين فان باشر القاضى بنفسه القسمة فعلى رواية كون القسمة من جنس عمل القضاة لا يجوز له أخذ الاجر وعلى رواية كونها ليست منه جاز انتهى قال شيخنا وما فى مجمع الفتاوى يوافق ما فى الدرر (قوله ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاة من حيث انه يتم بها قطع المنازعة زيلعى (قوله على المتقاسمين بأجر) كان الظاهر ان يقول بأجر على المتقاسمين كذا بخط شيخنا (قوله أى بأجر مقسوم الخ) أشار بهذا التفسير الى ان قوله بعدد ظرف مستقر صفة لاجر حموى (قوله بحسب) بفتح السين وسكونها قوم أى بقدر حموى عن الاتقانى (قوله مطلقا) الاطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى الذى رواه الحسن عن أبى حنيفة حموى (قوله أى على الجميع) وفى بعض النسخ أى على رؤس الجميع قال السيد الحموى أشار بذلك الى ان عموم الاضافة من قبيل الكلية لا الكل انتهى (قوله وعندهما على قدر الانصباء) وهو رواية عن الامام لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وله ان الاجر مقابل بالتمييز وأنه لا يتفاوت وربما

(وهو) أى الافراز (الظاهر فى المثلى)
كالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة (فيأخذ) أى احد الشريكين
حظه حال غيبة صاحبه وهى) أى
المبادلة الظاهرة (فى غيره) أى فى غير
المثلى كالحيوانات والعروض (فلا
يأخذ) احد الشريكين نصيبه عند
غيبة صاحبه (ويجبر) القاضى الشريك
على القسمة (فى متحد الجنس عند
طلب احد الشركاء) القسمة (لا فى
غيره) أى لا يجبر فى غير متحد الجنس
(وندب) للقاضى (نصب قاسم رزقه
من بيت المال ليقسم بلا اجر والا) أى
وان لم ينصب (فنصب قاسم يقسم
على المتقاسمين (بأجر) بعدد الرؤس)
أى بأجر مقسوم بينهم بحسب عدد
الرؤس مطلقا أى على الجميع وهذا
عند أبى حنيفة وعندهما على قدر
الانصباء وهو قول الشافعى حتى لو
كان مال بين اثنين لاحدهما ثلثه
وللآخر ثلثاه فالاجر عليهما نصفان
عنده وعندهما يجب اثلاثا

يصعب الحساب بالنظر الى القليل لكسور فيه ولا يتصور تمييز قليل من كثير الا بعد النظر فيهما فتعلق الحكم باصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت زيلعى ومقتضى قوله والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف ان الراجح خلافه وبه صرح القهستانى حيث قال والاصح انه على قدر الانصباء بلا خلاف كما فى المبسوط (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الاجرة على الطالب الخ) لنفعه وضرر الممتنع كما فى البرهان (قوله ويقدر القاضى أجر مثله) كيلا يطمع فى أموالهم (قوله وفى الذخيرة يجوز للقاضى ان يأخذ على القسمة أجرا) يعنى اذا باشر القسمة بنفسه (قوله عدلا) لانه من جنس عمل القضاة عينى (قوله أمينا) لانه يعتمد على قوله فتشترط الامانة لتطمئن القلوب عينى ولو اقتصر على ذكر العدالة لاغناه عن ذكر الامانة لان العدالة تستلزمها ومن ثم اقتصر عليها فى الوقاية حموى عن الشلبى (قوله عالما بالقسمة) أى بكيفيتها لانها من جنس عمل القضاة كما فى الهداية وفى التعليل اشعار بان المراد بالوجوب فى كلام المصنف الوجوب العرفى الذى مرجعه الى الاولوية لان ذلك غير واجب فى القضاء قهستانى عن الاختيار والخزانة (قوله ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله درر (قوله ليستأجروه) وفى بعض النسخ يستأجروه وصوابه يستأجرونه كذا قيل وتعقب بان حذف نون الرفع لغير ناصب وجازم واجب اذا التقت مع نون التأكيد وجائز بكثرة مع نون الوقاية وجائز بقلة فى غير ذلك كقوله عليه السلام لا تدخلوا الجنة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا وما ذكره الشارح من هذا الثالث وفى كثير من النسخ يستأجرونه بالنون (قوله ولا يشترك القسام) بضم القاف جمع قاسم كما قاله العينى وكلام الشارح يفيده (قوله أى لا يترك القاضى القسام الخ) لئلا يتواطؤا على مغالاة الاجر فيؤدى الى الاضرار بالناس درر (قوله وعندهما يقسم بينهم) لان اليد دليل الملك لانه فى أيديهم ولا منازع لهم فصار كالمنقول والمشترى ولا منكر لتقوم عليه البينة ويذكر فى كتاب القسمة أنه قسم باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته فى حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابى حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان فى قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث به فأقام المدعى بينة فانها تقبل لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا فى حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصى والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان فى القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض فلا حاجة الى قسمته بغير ثبوت والمشترى زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير الخ زيلعى واعلم ان قوله وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصى يوهم صحة اقرار الوصى بالدين كاقرار الوارث به فلو قال كما قال الديرى وكذا الوصى اذا أقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره لكان أولى (قوله ويقسم فى المنقول الخ) سواء ادعوا شراءه أو ملكه أو ارثه درر عن صدر الشريعة ومن النقلى البناء والاشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة وان تبدلت فلا جبر قاله شيخنا (قوله باقرارهم) اتفاقا كما يستفاد من سياق كلام الزيلعى لانه يخشى عليه التلف وفى القسمة جعله مضمونا على القابض لانه ليس فى القسمة قضاء على الغير وهو البائع لزوال ملكه بالبيع كما سبق (قوله وروى عن أبى حنيفة فى غير رواية الاصول الخ) لجواز ان يكون فى ايديهم

وروى الحسن عن ابى حنيفة ان الاجرة على الطالب القسمة دون الممتنع وقالا عليهما ويقدر القاضى اجر مثله كاجر الكتاب وفى الذخيرة يجوز للقاضى ان يأخذ على القسمة اجرا ولكن المستحب له ان لا يأخذ ولو اصطلحوا ولم يرفعوا الامر الى القاضى واقتسموا بأنفسهم برأيهم جاز الا اذا كان بينهم اصغير فيحتاج الى أمر القاضى ورأيه (ويجب ان يكون) القاسم (عدلا أمينا عالما بالقسمة ولا يتعين قاسم واحد) ليستأجروه دون غيره (ولا يشترك القسام) أى لا يترك القاضى القسام يشتركون فى القسمة فلذا كان للقاضى ان يقول لكل واحد منهم استبدأت بالقسمة بلا انتظار الآخر (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم) انه ميراث لهم من فلان مات (حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) عند ابى حنيفة وعندهما يقسم بينهم (و يقسم فى المنقول) بين الورثة باقرارهم (و) يقسم فى (العقار المشترى) أى لو حضر كل الشركاء عند القاضى وفى ايديهم عقار وادعوا أنهم اشتروه يقسم بينهم باقرارهم وروى عن ابى حنيفة فى غير رواية الاصول ان القاضى لا يقسم العقار المشترى بينهم فسوى بين الشراء والارث (ودعوى الملك) أى اذا حضروا وفى ايديهم عقار وادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم من ارث او بيع او غيره

والملك للغير والاول أصح عيني (قوله قسمه القاضي بينهم بقولهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم عيني (قوله وهذه رواية كتاب القسمة) من القدورى كما يعلم من الزيلعى في الكلام على شرح قول المصنف ولو برهنا ان العقار الخ (قوله لم يقسمها حتى الخ) لاحتمال ان تكون لغيرهما زيلعى (قوله ثم قيل هو الخ) أي المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة خاصة لان عنده في الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل ان يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى شلبى عن الاتقانى (قوله وقيل هو قول الكل) وهو الاصح لان القسمة تكون اما لحق الملك تتميما للمنفعة أو لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثانى غير محتاج اليه لكونه محصنة بنفسها زيلعى (قوله ولو برهنا ان العقار الخ) لاحتمال ان يكون لغيرهما وهذه المسئلة عينها هي المسئلة السابقة وهي قوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية القدورى وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير فان كان قصد الشيخ تعيين الروايتين فليس فيه ما يدل على ذلك والا فتقع المسئلة مكررة كذا ذكره العينى تبعا للزيلعى ونقل شيخنا عن المقدسى انه أجاب بحمل ما ذكره في الجامع الصغير على ما اذا ذكرا انه بأيديهما فقط وبرهنا عليه فلا يكون من اختلاف الروايتين لاختلاف الموضوع فلا يرد التكرار انتهى اذ لا يلزم من كون العقار في أيديهما ان يكون الملك لهما لاحتمال ان يكون في أيديهما بطريق الاجارة أو العارية او الوديعة فتفترق احدى المسئلتين عن الاخرى ولا يبقى شبهة في اختلاف جوابهما كذا بخط شيخنا أيضا عن عزمى زاده قال قلت انما شرط اثبات الملك بالبرهان في مسئلة الجامع الصغير ليزول احتمال كون الملك لغيرهما وهذا الاحتمال ثابت في المسئلة التي قبلها وهى دعوى الملك فكان ينبغي اشتراط ثبوت الملك فيها بالبرهان أيضا ليزول هذا الاحتمال قلت انما لم يشترط اثبات الملك في المسئلة الاولى لان الاصل في الاملاك ان تكون في يد الملاك اذ من في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل بخلاف مسئلة الجامع لانهما لما أعرضا عن ذكر الملك مع الحاجة الى بيانه اذ طلب القسمة من القاضي لا يكون الا بالملك فهما لم يتوادل على ان الملك ليس لهم فتأ[كد] الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال كذا ذكره الدرى وقوله من في يده شيء الى قوله ما لم ينازعه غيره ليس المراد مجرد النزاع بل بقيد اقامة البينة والا كان القول لذي اليد (قوله والدار في أيديهم ومعهم) قيل انه سهو والصواب في أيديهما ومعهما كما في بعض النسخ وأجيب بان المراد بالجمع التثنية على حد قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وتعقب بأن فيه لبسا بخلاف الآية والجواز عند امن اللبس وأقول القرينة على ارادة التثنية ما سيأتي من انه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث الى هذا أشار في العناية حيث قال أطلق الجمع وأراد المثنى لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا انه اذا كان في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم انتهى فدعوى اللبس ممنوعة (قوله قسم الدار) ولا بد من اقامة البينة على أصل الميراث في هذه الصورة عنده أيضا بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بينهم باقراره ويعزل حق الغائب والصغير ويشهد انه قسمها بينهم باقرار الكبار الحضور وان الغائب والصغير على حجته درر (قوله ونصب وكيل أو وصي الخ) نظرا للصغير والغائب (قوله أي نصيب الصبي) يعنى الحاضر اذ لو كان غائبا لا ينصب عنه وصيا لانه اذا كان غائبا لا تصح الدعوى عليه فلم يتوجه الجواب عليه والوصي انما ينصب ليجيب خصمه نهاية وشرح المجمع لابن الضياء لكن في الشرنبلالية عن المقدسى قال انه منقوض بالغائب البالغ وفي شرح الحموى انما ينصب وصيا عن الصغير اذا كان الصغير حاضرا وأما اذا كان غائبا فلا ينصب عنه وصيا بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف فانه ينصب وصيا عن الغائب وتسمع البينة عليه وتقسم الدار كما في المفتاح انتهى

قسمه القاضي بينهم بقولهم دون البينة
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع
الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما
البينة انها في ايديهما واراد القسمة
لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل
هو قول الكل وهو الاصح بخلاف
المنقول حيث يقسم (ولو برهنا
ان العقار في ايديهما لم يقسم حتى
برهنا انه لهما ولو) حضر وارثان
وبرهنا على الموت وعدد الورثة والدار
في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي
قسم (الدار و) نصب وكيل (او وصي)
يقبض نصيب الغائب (او الصبي)
(ولو كانوا) أي الذين حضروا وعند
القاضي (مشترين) وفي ايديهم عقار (وغاب
واقاموا البينة على الشراء
بعدهم

أو كان العقار في يد الوارث الغائب)
أو بيد الطفل (أو حضر وارث واحد)
وبرهن على الموت وعدد الورثة والدار
في يده ومعه وارث غائب أو صبي (وقسم)
(لم يقسم) في المسائل الثلاث (بطلب أحدهم
القاضي (إلا إذا انتفع كل) أي كل واحد من الشركاء
(بنصيبه) بعد القسمة (وإن تضرر
الكل لم يقسم) القاضي (إلا برضاهم
وإن انتفع البعض وتضرر البعض
لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير
فقط) أي لا بطلب صاحب القليل وذكر
كذا ذكره الخصاف رحمه الله على عكس هذا
الجصاص رحمه الله في مختصره أن
وذكر الحاكم رحمه الله القاضي
أيهما طلب القسمة يقسم
وما ذكره الخصاف رحمه الله أصح

وأجيب عما ذكره في الشرنبلالية من النقض بان اشتراط حضور الصغير للنصب خاص بما اذا كان الوارث الحاضر واحدا كما سيأتي لا فيما اذا كان الحاضر اثنين كما هنا وبذلك يحصل التوفيق وفي كلام الزيلعي من شرح قول المصنف أو حضر وارث واحد ما يشير الى ذلك ويوضحه ان نصب الوصي هنا انما هو لقبض نصيب الصغير لا لتصحيح الدعوى وجواز القسمة لان ذلك موجود قبل النصب بجعل أحد الوارثين الحاضرين خصما عن الميت والثاني خصما عن نفسه وعن سائر الورثة فلم يلزم القضاء على الغائب بخلاف ما اذا كان الحاضر واحدا انتهى (قوله أو كان العقار في يد الوارث) الغائب في المسئلة السابقة كما ذكره العيني وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه ولا فرق بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة يقسم زيلعي (قوله لم يقسم في المسائل الثلاث) أما عدم جواز القسمة اذا برهن واحد فلانه ليس معه خصم وهو ان كان خصما عن نفسه فليس أحد خصما عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه بخلاف ما لو كان الحاضر من الورثة اثنين حيث تكون القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين واما اذا شروا وغاب أحدهم فللفرق بين الارث والشراء فان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه بالعيب أي ما باعه مورثه ويصير مغرورا بشراء المورث حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت فاستحقت رجع الوارث على بائع مورثه بثمنها وقيمة الولد للغرور من جهته فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وأما الملك الثابت بالشراء لكل واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب فحينئذ تكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم فلا تقبل وأما فيما اذا كان العقار مع الوارث الصغير والغائب أو شيء منه فلان هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير الحاضر باخراج شيء مما كان في يده عن يده بلا خصم حاضر عنهما كذا في الدرر بحذف قوله أما في الاول واما في الثاني واما في الثالث لان متابعة صاحب الدرر عليه لا تستقيم بالنسبة لكلام الكنز لان الاول من كلام الدرر هو الثالث من كلام الكنز والثاني من كلام الدرر هو الاول من كلام الكنز والثالث من كلام الدرر هو الثاني من كلام الكنز ومنه تعلم الخلل في كلام السيد الحموي لان ما ذكره بجملته كلام صاحب الدرر وان لم يعزه اليه فكان عليه ان لا يتابعه في ذلك أو يبدل الثاني بالاول والثالث بالثاني (قوله وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فتعود على موضوعها بالنقض وتجوز بالتراضي لان الحق لهم درر بقي ان يقال ظاهر قول الشارح لم يقسم القاضي الا برضاهم ان القاضي يباشر القسمة في هذه الحالة وهو مخالف لما في الزيلعي حيث قال ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار واضاعة مال لانه حرام ولا يمنعهم الخ (قوله أي لا بطلب صاحب القليل) لانه لا فائدة له فهو متعنت (قوله وذكر الجصاص على عكس هذا) لان صاحب الكثير يطلب ضرر صاحبه وصاحب القليل يرضى بضرر نفسه لكن قال الاتقاني ولنا في هذا النقل عن الجصاص نظر لانه ذكر في شرحه ما ذكره الخصاف في أدب القاضي بعينه ولم يذكر خلافه وكذا في شرح الطحاوي ذكر ما ذكره الخصاف ولم يذكر خلافه أيضا قال الحموي وأقول عدم ذكر الجصاص ما نقل عنه فيما ذكر من الكتابين لا يقتضي عدم صحة نسبته اليه لجواز ان يكون ذكر ذلك في كتاب آخر اوذكر ذلك في الاملاء خصوصا والناقلون أئمة ثقات انتهى وأقول يؤيد كلام الاتقاني ما نقله في حاشية الشلبي عن الولوالجي ان الدار تقسم بطلب صاحب الكثير اتفاقا فلو كان للجصاص خلاف لما ادعى الاتفاق (قوله وذكر الحاكم الخ) قال في الخانية وهو اختيار خواهر زاده وعليه الفتوى وقال في الكافي ما ذكره الخصاف أصح وفي الذخيرة وعليه الفتوى كذا في الدرر نمد

اختلاف الترجيح قال فى الدر لكن المتون على الاول فعليه المعول (قوله وتقسم العروض من جنس واحد) لان اعتبار المعادلة فى المنفعة والمالية ممكنة عند اتحاد الجنس زيلعى (قوله ولا يقسم الجنسين) اذلا اختلاط بينهما أى لا يقسم القاضى الاجناس المختلفة قسمة جمع بان يجمع نصيب أحدهم فى الابل والآخر فى البقر لما فى ذلك من تفويت جنس المنفعة على الآبى لان قبل القسمة كان له المنفعة فى الجنسين جميعا وبعد القسمة فات منفعة أحدهما فلم تقع القسمة تمييزا بل معاوضة وهى لا تجوز الا بالتراضى فان قيل شرط صحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة قلت ذاك شرط الجبر عليها الا شرط للقسمة بالتراضى ولا يقسم الاوانى لانها بالصنعة التحقت بالاجناس المختلفة وتقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس ولا يقسم ثوبا واحدا لان الثوب الواحد قد يختلف طرفاه فى الجودة والرداءة وقد يكون ذا علم حتى لو لم يكن كذلك قسمه وعلل فى غاية البيان عدم جواز القسمة فى الثوب الواحد بأن فيه اتلاف جزء منه قال فلا يجوز للقاضى فعله فان تراضيا لم يفعله القاضى أيضا لما فيه من اتلاف المال ولكنهما يقسمانه بأنفسهما وكذا لا يقسم الثوبين اذا اختلفا قيمة بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو جعل ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة للبعض دون البعض وذلك جائز هداية وشرحها للديرى (قوله فيقسم كل مكيل وموزون الخ) بأن يجعل البعض لواحد والبعض الآخر للآخر لاتحاد المقصود فتقع تمييزا فللك القاضى الجبر فيها (قوله والابل بانفرادها) فلا يجمع نصيب أحدهم فى الابل خاصة ونصيب الآخر فى الغنم خاصة قهستانى (قوله ولا يقسم شاة وبعيرا وثوبا وبرذونا وحمارا) كذا فى نسخة شيخنا بخطه وفى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وقع العطف فيها بأو فلهذا قال والصواب العطف بالواو فى قوله أو بعيرا الخ لان المراد انه لا قسم ماذكر بالتداخل بأن يدخل بعض الجنس فى الجنس الآخر (قوله ولا الجواهر مطلقا) الاطلاق فى مقابلة التفصيل الآتى حموى أى لا يقسمها جبرا لفحش التفاوت فيها عينى ولان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ولو تزوج أو خالع على عبد يصح فأولى ان لا يجبر على القسمة درر (قوله والرقيق عند أبى حنيفة) أى لا يقسم الرقيق لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة فتعذر الافراز فلا تكون قسمة بل مبادلة ولا جبر فيها بخلاف سائر الحيوانات لقلة التفاوت عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بنى آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد حتى لو اشترى شخصا على انه عبد فظهر انه أمة لم ينعقد البيع زيلعى وابن فرشته ثم الظاهر من اطلاق كلام المصنف والشارح انه لا جبر على قسمة الرقيق عند أبى حنيفة مطلقا سواء كان مع الرقيق شئ آخر تصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أولا وليس كذلك على الاظهر كما فى الدرر على ان العينى ذكر أنه ان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة فى الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع (قوله وعندهما يقسم الرقيق) لان التفاوت فى الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما فى الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق فى الغنيمة بين الغانمين وللامام ان التفاوت فى الرقيق فاحش لان منهم من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشئ منها بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا يسيرا فيغتفر فى القسمة وقسمة الغنائم تجرى فى الاجناس فلا ترد لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنائم ويقسم ثمنها بينهم بخلاف غير الغنائم اذ ليس له بيع ملك غيره الا باذنه فامتنع القسمة فيه لانهام ادلة زيلعى وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق ذكورا فقط او اناثا فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع عينى ولا تقسم الكتب بين الورثة ولكن ينتفع كل بالمهايأة ولا تقسم بالاوراق ولو برضاهم وكذا كتاب ذو مجلدات كثيرة ولو تراضيا ان تقوم الكتب ويأخذ كل بعضها بالقيمة جاز والا لا در عن الجوهرة وفيه عن التتارخانية دار او حانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها تشاجرا فيه فقال أحدهما لا اكرى ولا أنتفع وقال الآخر أريد ذلك أمر القاضى بالمهاياة

(ويقسم) القاضى (العروض) حال كونها (من جنس واحد) جبرا (ولا يقسم الجنسين) جبرا فيقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم بانفرادها ولا يقسم شاة وبعيرا وثورا وبرذونا وحمارا (ولا) يقسم (الجواهر) مطلقا (والرقيق) عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم الرقيق واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس كاللآلئ واليواقيت لا يقسم وقيل لا يقسم الكبار منها

ويقسم الصغار (و) لايقسم (الحمام والبئر والرحى) وكل مالا ينتفع به بعد القسمة (الا برضاهم) يتعلق بالمسائل الست (دور مشتركة اودار وضيعة اودار وحانوت قسم كل) واحد منها (على حدة) بينهم مطلقا سواء كانت الدور متلازقة أو متباينة في محلة او محلتين في مصر او مصرين وقالا ان رأى القاضي قسمتها جملة بينهما هي الاصلح قسمها كذلك وقالا ان كانت الدور في مصرين لايجتمعان في القسمة كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احداهما في الاخرى أي يقسم احدى الدور حال كون احدى الدور في الاخرى وهي قسمة الجمع ثم بقي ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور عنده لاتقسم قسمة واحدة الا برضاهم سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة والمنازل ملحقة بالبيوت ان كانت متلازقة وبالدور ان كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك (ويصور القاسم مايقسمه) في قرطاس ليحفظه أو ليرفع ذلك الى القاضي ويسويه (ويعدله) على سهامهم (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لحاجته اليه في الاخرة ويصور الذرعان على ذلك القرطاس بقلم الجدول فيكون كل ذراع بشكل لبنة (ويفرز) أي يقطع (كل نصيب بطريقه وشربه ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث) من أي طرف شاء مثلا اذا جعل الجانب الغربي اولا يجعل مايليه ثانيا ثم مايليه ثالثا الى الآخر (ويكتب اسماءهم) أي اسماء اصحاب السهام على القرعة (ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول) أي يعطى نصيبه من الجانب الغربي مثلا من العرصة او البناء الى ان يتم نصيبه (ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) أي يعطى نصيبه متصلا بالاول الى ان يتم سواء كانت الانصباء متساوية او متفاوتة ثم مابقي نصيب الثالث وطريقه ان يقسم المقسوم بأقل الانصباء بأن يجعل اثلاثا ان كان الاقل ثلثا واسداسا ان كان سدسا لتسهل القسمة كما اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللآخر سدس فيجعل الجميع اسداسا ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليه بالثاني والثالث فان خرج اسم صاحب الثلث فله الجزآن من الاول وان خرج اسم صاحب النصف فله ثلاثة اجزاء من الاول وان خرج اسم صاحب السدس اولا فله الجزء الاول

ثم يقال لمن يريد الانتفاع ان شئت فانتفع وان شئت فاغلق الباب انتهى (قوله ويقسم الصغار) وقيل المتحد بالجنس كما في الهداية وفيه اشعار بأنه لايقسم الدرة الواحدة لانه لايقسم مايحتاج في قسمته الى كسر أو قطع أو شق بضرره قهستاني عن المحيط (قوله الا برضاهم) أي برضا الشركاء لما فيه من الحاق الضرر بهم عيني (قوله قسم كل واحد منها على حدة بينهم الخ) لان المقصود من الدور مختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب واحد منهم في دار الا بالتراضي وأما الدار والضيعة أو الدار والحانوت فلاختلاف الجنس زيلعي ولو اكتفى بما سبق من قوله ولا يقسم الجنسين لكان أخصر قهستاني فان قلت في الاكتفاء بقوله ولايقسم الجنسين نظر بالنسبة للدور قلت أشار القهستاني الى انها وان اتحد جنسها لكنها في حكم الاجناس المختلفة على ان الزيلعي صرح بأنها أجناس مختلفة عند الامام (قوله وقالا ان كانت الدور الخ) الظاهر ان المراد بالجمع مافوق الواحد فلا يشكل بقوله لايجتمعان (قوله لايجتمعان في القسمة) أي لايقسمان قسمة جمع والجملة جواب الشرط حموي وكان الظاهر ان يقول الشارح بدل قوله لايجتمعان الخ لايجمعان (قوله كما هو مذهبه) أي مذهب الامام يعني ان عدم قسمة الجمع فيما اذا كان الداران في مصرين محل اتفاق حموي ثم الاتفاق بالنسبة لما رواه هلال فلا ينافي ماسيأتي من قوله وعن محمد انه يقسم احداها في الاخرى الخ اذ سياق كلام الشارح يقتضي ان الدور في مصرين تقسم قسمة جمع على هذه الروايات (قوله ثم بقي ههنا ثلاثة فصول) صوابه فصلان لان فصل الدور قد تقدم حموي (قوله فالدور عنده لاتقسم قسمة واحدة) أي لاتقسم قسمة جمع بل قسمة فرد وقيل هذا النفي الاولوية لا لنفي الجواز قهستاني (قوله ويصور القاسم الخ) قال في العناية اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي ان يصور مايقسمه أي يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (قوله ويعدله) بالدال المهملة أي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله بالزاي أي يقطعه بالقسمة عن غيره عيني (قوله ويذرعه) شامل للبناء لقول الزيلعي ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولابد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية ولابد من تقويم الارض وذرع البناء انتهى كذا في الشرنبلالية (قوله لحاجته اليه في الاخرة) بوزن فعله ووقع في بعض النسخ في حق الاخرى والصواب هو الاول حموي (قوله ويفرز الخ) لتكمل المنفعة والايبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر وهذا بيان الافضل وان لم يفرزه أو لم يمكن جاز كذا في الزيلعي وغيره كالهداية وفيه تأمل مع ماسيأتي من قولهم وان قسم ولاحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر صرف عنه ان أمكن والا فسخت واعلم ان في طريق الدار والارض يكفي مرور رجل وثور ولا يشترط مرور الحمولة والعجلة قهستاني (قوله ويكتب أسماءهم) ويجعلها بطاقات وتطوى كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها فاذا نشفت يدلكها ثم يجعلها في وعاء او في كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد عيني (قوله ويقرع) فان قلت تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام قلت لانسلم فان الاستحقاق كان ثابتا قبله وانما صير اليها لتطييب قلوبهم كالقرعة بين النساء للسفر او للبداءة في القسم وهذا ليس بقمار وانما القمار اسم لما يأخذون به شيئا لم يكن لهم قبل ذلك لامثل هذه فانها مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما السلام عيني يعني في قوله تعالى وان يونس لمن المرسلين اذ أبق الى الفلك المشحون السفينة المملوءة حين غاضب قومه لما لم ينزل بهم العذاب الذي وعدهم به فركب السفينة فوقفت في لجة البحر فقال الملاحون هنا عبد آبق من سيده تظهره القرعة فساهم قارع أهل السفينة فكان من المدحضين المغلوبين بالقرعة فالقوه في البحر فالتقمه الحوت ابتلعه وهو مليم أي آت بما يلام عليه من ذهابه الى البحر وركوبه السفينة بلا اذن من ربه وقوله تعالى ذلك المذكور من أمر زكريا

ومريم من أنباء الغيب أخبار ما غاب عنك نوحيه اليك يا محمد وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم
فى الماء يقترعون ليظهر لهم أيهم يكفل يربى مريم وما كنت لديهم اذ يختصمون فى كفالتها فتعرف
ذلك فتخبر به وانما عرفته من جهة الوحى كذا بخط شيخنا عن الجلالين (قوله ولا يدخل فى القسمة
الدراهم) لانه لا شركة فيها ولان بعضهم يصل الى عين المال المشترك فى الحال ودراهم الآخر فى الذمة
فيخشى عليها التوى وقول الزيلعى ولان الجنسين المشتركين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك يفيد
عدم ادخال الدراهم فى القسمة مطلقا سواء كانت الدراهم مشتركة أم لم تكن فتقييد الشارح بالدراهم
التى ليست بمشتركة اتفاقى كتقييد التنوير بالدراهم التى ليست من التركة الى هذا أشار شيخنا (قوله
الا برضاهم) فلو كان أرض وبناء أو منقول قسم بالقيمة عند الثانى وعند الثالث يرد من العرصة
بمقابلة البناء فان بقى فضل ولا يمكن التسوية رد الفضل دراهم للضرورة واستحسنه فى الاختيار در
(قوله الا اذا تعذر الخ) بان لم تف العرصة بقيمة البناء (قوله ولاحدهم مسيل) أى محل لاسالة ماء
المطر حموى (قوله صرف المسيل والطريق عنه) أى عن ملك الآخر ان أمكن تحقيقا لمعنى القسمة
وهو قطع الاشتراك عينى (قوله فسخت القسمة بالاجماع) لاختلالها فتستأنف على وجه يتمكن
كل منهما ان يجعل لنفسه مسيلا وطريقا لان المقصود لا يتم باستطراق الغير فى أرضه وتسييله ماءه فى
أرض غيره (قوله ترك المرافق) جواب اذا اى فيكون حقا له فى نصيب الآخر كما فى الشرنبلالية (قوله
سفل له علو) يعنى بيت فوقه بيت وهما مشترك بين اثنين عينى والسفل بضم السين وكسرها والسفول
بالضم والسفال بالفتح والسفالة بالضم ضد العلو بضم العين وكسرها وبالضم والتشديد مختار صحاح
(قوله وعلو مجرد الخ) فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبى حنيفة مع ان البيوت
المتفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة اذا لم تكن فى دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا فى دار واحدة
وان كانا فى دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة لكن طلبا من القاضى المعادلة فعند أبى حنيفة
القسمة على هذا الوجه جائزة ديرى فى التكملة (قوله وقسم بالقيمة) لان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو
كالبئر والسرداب والاصطبل فصارا كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة عينى (قوله وعليه الفتوى)
وبه قالت الثلاثة (قوله وعندهما يقسم بالذرع) لان القسمة بالذرع هى الاصل فى المذروع زيلعى
وبيان ذلك فى سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما اذا قسمتهما يقسم البناء بالقيمة بلا خلاف وأما
العرصة فتقسم بالذرع عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف
فى كيفية القسمة فعند أبى حنيفة ذراع بذراعين على الثلث والثلثين وعند أبى يوسف ذراع بذراع ولو
كان بينهما بيت تام علو وسفل وعلو من بيت آخر فعند أبى حنيفة يحسب كل ذراع من العلو والسفل
بثلاثة أذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند أبى يوسف ذراع من
السفل والعلو بذراعين من العلو لاستواء السفل والعلو عنده فكانت القسمة اثلاثا ولو كان بينهما بيت
تام سفل وعلو وسفل آخر فعند أبى حنيفة يحسب كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل
وذراع من سفل البيت التام بذراع من الآخر وذراع من علوه بنصف ذراع من السفل الآخر وعند أبى
يوسف ذراع من التام بذراعين من السفل شرنبلالية عن البدائع (قوله قيل أجاب كل منهم على عادة
أهل زمانه) فالامام اجاب بناء على ما شاهده من عادة اهل الكوفة فى اختيارهم السفل على العلو وأبو
يوسف سوى بناء على عادة أهل بغداد ومحمد اجاب على ما شاهده من اختلاف العادة (قوله وقيل هو
اختلاف على الدليل) فوجه قول الامام أن العلو يفوت بفوات السفل ولا يفوت السفل بفواته فتكون
منفعة السفل ضعف منفعة العلو ووجه قول أبى يوسف أن المقصود منهما السكنى وهما متساويان فيها
ووجه قول محمد ان منفعة السفل والعلو متفاوتة بحسب الاوقات ففى الصيف يختار العلو وفى الشتاء
السفل فلا يمكن التعديل فتقسم بالقيمة ابن فرشته (قوله سواء كان باجر أو بغير أجر) وسواء شهدا على

القسمة

(ولا يدخل فى القسمة الدراهم) التى ليست بمشتركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء (الا برضاهم) كما اذا كانت دار بين جماعة فقسموها وفى نصيب واحد فضل بناء فاذا أراد أحدهم ان يكون عوض البناء دراهم وأراد آخر ان يكون عوضه من الارض لا من الدراهم فانه لا يكلف الذى وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضى ذلك (وان قسم) بينهم (ولاحدهم مسيل او طريق فى ملك الآخر لم يشترط فى القسمة صرف) المسيل والطريق (عنه) أى عن ملك الآخر (ان أمكن والا) أى وان لم يمكن (فسخت القسمة) قوله لم يشترط صفة لكل واحد من المسيل والطريق قيد به لانه اذا شرط ترك المرافق والمسيل على حالهما (سفل له علو وسفل مجرد) بان كان السفل مشتركا والعلو لغيرهما (وعلو مجرد) بان كان العلو مشتركا والسفل لآخر (قوم كل) واحد منهما (على حدة وقسم بالقيمة) وهذا عند محمد رحمه الله تعالى وعليه الفتوى ولا يعتبر بغير ذلك وعندهما يقسم بالذرع ثم اختلفا فى كيفية القسمة قال أبو حنيفة رحمه الله يحسب فى القسمة ذراع من السفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف ذراع بذراع وقيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل زمانه وأهل بلده وقيل هو اختلاف على الدليل (وتقبل شهادة القاسمين) (ان اختلفوا) مطلقا سواء كان بأجر او بغير أجر أى اذا قسمت الدار والارض بين الورثة او المشترين فأنكر بعضهم ان يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما عندهما

القسمة لاغير ابتداء ثم قالا بعد ذلك نحن قسمنا أو شهدا على قسمة أنفسهما من الابتداء على الصحيح كذا في الشرنبلالية عن التتارخانية قال وعلى هذا تقبل شهادة القبانين اذا كان المنكر حاضرا حال الوزن والتسليم كما في الفتاوى انتهى (قوله وعند محمد والشافعي لا تقبل) لانهما شهدا على فعل أنفسهما التصحيح تصرفهما فلا تقبل قلنا انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما الان فعلهما التمييز لا غير زيلعي (قوله وقال بعض المشايخ الخ) القائل هو الطحاوي واليه مال بعض المشايخ كما في الزيلعي (قوله لا تقبل بالاجماع الخ) لانهما دعوى ايفاء عمل استؤجرا عليه فصارت شهادة صورة دعوى معنى وجوابه ان اجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على ايفاء العمل وهو التمييز فلم تجر لهما مغنما فلا تهمة زيلعي واختيار (قوله لو شهد قاسم وحده لا تقبل بالاجماع) لان شهادة الفرد غير حجة في الشرع وكذا أمين القاضي اذا أمره ان يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكره المدفوع اليه فالمأمور يصدق في البراءة لنفسه ولا يصدق على الآخر انه قبض لان قول الامين حجة دافعة غير ملزمة حموي عن البناية (قوله ولو ادعى أحدهم الخ) ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح حتى اذا أقام البينة له ان ينقض القسمة فلم تكن قسمته ابراء عن الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم يتعلق بالمعنى فلم يكن الاقدام على القسمة اقرارا بعدم الدين درر وعزمي (قوله فلم تفسخ الا ببينة) فانه يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة عيني (قوله قالوا ينبغي ان لا تقبل دعواه الخ) في المبسوط والخانية ما يؤيد هذا وفي الذخيرة دعوى الغلط بعد سبق الاقرار باستيفاء الحق لا تسمع الا من حيث الغصب انتهى ووجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تأمل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق حموي (تتمة) المقبوض بالقسمة الفاسدة كالقسمة على شرط بيع شيء من المقسوم او غيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة كالمقبوض بالشراء الفاسد وقيل لا وبه جزم في الاشباه وبالاول في البزازية والقنية تنوير وشرحه (قوله ان مما أصابه شيئا) وقع في النسخة التي كتب عليها السيد الحموي شيء بالرفع فلهذا قال صوابه نصب شيء كما هو ظاهر انتهى (قوله صدق خصمه بحلفه) أي ان لم يقم بينة لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر حموي (قوله تحالفا) لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن زيلعي (قوله ولو ظهر غبن الخ) بأن قال قيمة هذا ألف وأنتم قومتموه بالغبن حموي والظاهر أن يقال بأن قوم بالغبن فظهر ان قيمته ألف اذ المدار في فسخ القسمة على ظهور الغبن الفاحش لا على مجرد دعواه فتنبه (قوله وقيل اذا قسم الخ) عدم الفرق هو الاصح لان شرط جوازها المعادلة ولم توجد فوجب نقضها خلافا لتصحيح الخلاصة ولو اقتسما دارا وأصاب كلا طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر فعليه البينة لانه مدع وان أقاماها فالعبرة لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وفسخت وكذا لو اختلفا في الحدود تنوير وشرحه واعلم ان ما في الدرر حيث قال وان كانت بالتراضي له أن يبطل القسمة فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا عبرة به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ وهو الصحيح انتهى على حذف اداة الاستفهام فتقدير كلامه وان كانت بالتراضي هل له أن يبطل القسمة الخ فسقط اعتراض عزمي زاده عليه حيث قال الصواب ان يسقط قوله أن يبطل القسمة ويجعل جزاء الشرط قوله فقد قيل لا يلتفت الخ الى هذا أشار شيخنا تغمده الله برحمته (قوله ولو استحق بعض شائع في الكل الخ) ولو استحق بعض معين من نصيب كل واحد لا تفسخ بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على الآخر وان نقص من نصيب أحدهما يرجع بحسابه كما اذا قسمت الدار نصفين واستحق من كل نصيب خمسة اذرع فلا رجوع وان استحق من أحدهما اربعة ومن الثاني ستة رجع الثاني على الاول بذراع ولو ظهر في التركة بعد القسمة دين تفسخ لان المحيط يمنع الملك

وعند محمد والشافعي لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء وقال بعض المشايخ اذا قسما باجر لا تقبل بالاجماع والاصح انه يقبل وانما قيد بقوله القسمين لانه لو شهد قاسم وحده لا تقبل بالاجماع (ولو ادعى احدهم ان من نصيبه شيئا في يد صاحبه و) الحال انه (قد أقر) المدعي (بالاستيفاء لم يصدق) فلم تفسخ (الا ببينة) وان لم تقم البينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر نصيبهما قالوا ينبغي ان لا تقبل دعواه أصلا لانه متناقض لانه أقر بالاستيفاء وانه عبارة عن قبض حقه كاملا فاذا زعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه يكون متناقضا مبطلا للدعوى والشهادة (وان قال استوفيت) انا حقي او لكن (اخذت) انت مني (بعضه) وانكر شريكه (صدق خصمه بحلفه) أي مع يمينه (وان لم يقر بالاستيفاء) وادعى ان ذا حظه ولم يسلم) نصيبي (الي وكذبه شريكه) في مقدار النصيب (تحالفا وفسخت القسمة ولو ظهر غبن فاحش) بأن كان ما يدعي من مقدار الغلط لا يدخل تحت تقويم المقومين (في القسمة تفسخ) القسمة مطلقا سواء كانت القسمة بقضاء القاضي او بالتراضي كذا ذكره قاضيخان رحمه الله وقيل اذا قسم بالتراضي لا تفسخ وانما قيد بقوله فاحش لانه اذا كان يسيرا لا تفسخ كذا في الذخيرة (ولو استحق) بعد القسمة (بعض شائع من حظه) بأن كان نصف الدار في يده مثلا واستحق نصف ما في يده (رجع بقسطه) أي

والقليل يمنع التصرف الا اذا بقى من التركة ما يفى بالدين أو قضوا من مالهم أو ابرأ الغرماء الميت لزوال المانع ولو ادعى احد المتقاسمين دينا فى التركة سمع لعدم المنافى لتعلق الدين بالمالية وقضاء حقه من محل آخر جائز فلا تناقض بخلاف دعوى العين حيث لا تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك كما فى الزيلعى وفى البزازية ظهر دين أو وصية بالثلث أو بألف مرسلة أو وارث آخر بعد القسمة تردوان قالت الورثة نؤدى الدين أو الوصية أو حصة الوارث من مالنا ولا ننقض القسمة ففيما اذا ظهر غريم أو موصى له بألف مرسلة لهم ذلك لان حقهما فى المالية لا فى العين وفيما اذا ظهر وارث أو موصى له بالثلث ليس لهم ذلك بل تنقض القسمة لتعلق حقهما بعين التركة الا اذا رضى الوارث أو الموصى له بذلك اهـ (قوله بربعه) فيه نظر اذ الواقع ان الدار بينهما ماسوية فباستحقاق الربع يكون لهما ثلاثة الارباع فلو رجع على شريكه بالربع يسلم له النصف وليس كذلك ولعل الصواب أن يقال رجع بثمنه وبيده الربع فيستويان ثم ظهر ان المراد الربع من حظ الشريك وهو ثمن واعلم ان المراد من قوله بربعه أى بربع قيمة ما أصابه كذا ذكره الحموى ويدل عليه قول المصنف ولا تفسخ القسمة وكذا يدل عليه قول الشارح وقال أبو يوسف تنتقض القسمة الخ (قوله لا تفسخ القسمة اجماعا) لان ماوراء المستحق بقى مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ويرجع على شريكه بحسابه زيلعى (قوله ولو تهايا آ الخ) التهايؤ فى اللغة ماذكره الشارح وفى الشرع قسمة المنافع ويجرى جبر القاضى فيها كما فى قسمة الاعيان الا أن القسمة أقوى فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد بخلاف المهايأة فانها على التعاقب ولهذا لو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة يرجح طالب القسمة ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة تفسخ وتقسم ولا يبطل التهايؤ بموتهما لانه لو بطل لاستأنفه الحاكم وجوازها استحسان والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة منفعة بجنسها الا أن كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب أعنى قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى ان الانتفاع بين قوم صالح وبين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا ما لم يرد النسخ وبالسنة اذ قد وردعنه عليه السلام فى غزوة بدر انه قسم كل بعير بين ثلاثة وكانوا يتهايؤن فى الركوب وبالاجماع زيلعى وشلبى (تتمة) ذكر فى الخانية ان المهايأة فى الاملاك المشتركة التى يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها مشروعة فلا يشترط لجوازها ذكر المدة وينفرد أحدهما بنقضها بعذر وبغير عذر فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد انه لا ينفرد احدهما بنقضها الا بعذر او بطلب قسمة عينها هذا اذا كانت المهايأة بغير أمر القاضى فان كانت بحكم الحاكم لا ينفرد أحدهما بنقضها ما لم يصطلحا انتهى (قوله الهيئة الحالة الظاهرة) هذا هو الصواب ووقع فى بعض النسخ الهيئة وهى الحالة وهو خلاف الصواب حموى (قوله بأن ينتفع هذا بهذا النصف الخ) حاصله ان التهايؤ اما من حيث المكان او من حيث الزمان ففى الوجه الاول التهايؤ افراز من كل وجه ولهذا لا يشترط فيه التوقيت ولكل ان يستغل ما اصابه وان لم يشترطه لحدوث المنافع على ملكه وفى الوجه الثانى افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بالاتفاق يعنى على احدهما لان التهايؤ فى المكان اعدل وفى الزمان اكمل فلو اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداءة بينهما تطييبا للقلوبهما وينظر فى قدر المدة حموى (قوله او خدمة عبد الخ) كذا تجوز المهايأة فى خدمة الامة ففى الخانية لو كانت الجارية بين رجلين نخاف أحدهما عليها من الآخر فى نوبته فان القاضى يأمرهما بالمهايأة ولا يضعها على يدى عدل لان فى ذلك تعطيل المنفعة على يد احدهما الخ واعلم ان اصحابنا احتاطوا فى أمر الفروج الا فى هذه المسئلة (تتمة) اخبر القاضى ان فلانا يأتى جواريه فى غير المأتى ويستعملهن فى الغناء ويطأ زوجته فى الحيض وأمته من غير استبراء لا يكون للقاضى عليه سبيل حموى عن التتارخانية

بربعه (فى حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف تنتقض القسمة وما بقى فى ايديهما يكون بينهما نصفين وقول محمد مضطرب والاصح انه مع ابى حنيفة وان استحق بعض معين لا تفسخ (القسمة اجماعا ولو استحق بعض شائع فى الكل) تفسخ اتفاقا (ولو تهايا آ) الهيئة الحالة الظاهرة للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته ان يتراضى الشركاء بنية واحدة بأن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز وذلك بذلك النصف او هذا بكله فى كذا من الزمان وذلك بقدر مدته الاول (فى سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد) واحد

(قوله اوعبدين) كذا تجوز المهايأة فى خدمة عبد وأمة كما فى الخانية فان شرط طعام كل عبد على من يخدمه جاز وفى الكسوة لا يجوز لان العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرته فى الكسوة فان وقتا شيئا من الكسوة معروفا جاز استحسانا لانه عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت او يقل كذا فى الاختيار ولو سكتا عن ذكر الطعام يجب على كل طعام الخادم الذى شرط له فى المهايأة حموى عن التتارخانية ولو تهايآ فى عبدين استخداما فمات أحدهما او ابق انتقضت المهايأة ولو استخدم الشهر كله الا ثلاثة أيام نقص الآخر من شهره ثلاثة أيام بخلاف ما اذا استخدم الشهر كله و زاد ثلاثة أيام ولو أبق احدهما الشهر كله صح واستخدم الآخر فلا ضمان ولا اجر ولو عطب أحد الخادمين فى خدمة من شرط له خدمته لم يضمن كما لو انهدم بيت بسكنى من شرط له حموى عن التتارخانية (تتمة) طلب احدهما المهايأة فى خدمة العبد الواحد وأبى الآخر يجبر بالاجماع وكذا فى العبدين يجبر الآبى على الاصح ذكره الزيلعى فما فى الخانية من التفرقة بين العبد والعبدين خلاف الاصح (قوله اوغلة دار) ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة احدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقا للتعادل وعليه الفتوى كما فى الخانية بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما فى نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال والتهايؤ على الاستغلال فى الدارين جائز أيضا فى ظاهر الرواية ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان فى الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء بخلاف الدار الواحدة لتعاقب وصول المنفعة فاعتبر قرضا وجعل كل واحد فى نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل عينى (قوله ولو تهايآ فى غلة عبد الخ) اما عدم الصحة فى غلة العبد الواحد أو البغل الواحد فلان النصيبين يتعاقبان فى الاستيفاء والظاهر التغير فى الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف المهايأة فى استغلال دار واحدة حيث تجوز فى ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير فى العقار فافترقا واما فى عبدين أو بغلين فلان التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ولا ضرورة فى الغلة لانها تقسم وأما فى ركوب بغل أو بغلين فلان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فلا يتحقق التسوية فلا يجبر القاضى عليه وأما فى ثمرة شجرة أو لبن شاة ونحوه فلان التهايؤ يختص بالمنافع دون الاعيان لتحقق الضرورة فى المنافع لعدم قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها بخلاف الاعيان والحيلة فى الثمار ونحوها ان يشترى نصيب شريكه ثم يبيع الكل بعد مضى نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض فى نصيب صاحبه اذ قرض المشاع يجوز درر وعينى وكذا لا تجوز المهايأة فى غير اللبن كالصوف والغنم كما فى الخانية ونصها اذا تهايآ على ان يكون ولد الغنم ولبنها وصوفها سنة لهذا وسنة للآخر لا يجوز ويكون ذلك بينهما ولا يحل فضل اللبن والصوف والثمر اذا جعل كل واحد منهما صاحبه فى حل ان كان اللبن والصوف والثمر قائما وأما ان كان مستهلكا برئ لانه اذا جعله فى حل والفضل قائم كان ذلك هبة المشاع فيما يحتمل القسمة وبعد الاستهلاك يكون ابراء عن الضمان انتهى (قوله اولبن غنم) بخلاف ما لو تهايآ فى لبن أمتين بينهما على ان ترضع احداهما ولده والاخرى ولد الآخر حيث يجوز لان لبن بنى آدم يجرى مجرى المنافع لعدم تقومه كما فى العينى (قوله خلافا لهما) لان القاضى يقسم الحيوان جبرا فكذا منافعه وبدلها وله ان الركوب يتفاوت بين احذق واخرق فلا تتحقق التسوية وحكم الغلة كالركوب حموى (قوله فى ثنتين لا يصح اتفاقا) هما ما لو تهايآ فى غلة عبد اوغلة بغل حموى (قوله وفى ستة يصح اتفاقا) وهى ما لو تهايآ فى سكنى دار اودارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار اودارين حموى (قوله وفى اربعة خلاف) وهى ما لو تهايآ فى غلة عبدين أو غلة بغلين أو ركوب بغل أو ركوب بغلين لا يصح عند ابى حنيفة وعندهما يصح حموى (فروع) المشترك اذا انهدم فأبى احدهما العمارة ان احتمل القسمة لا جبر ويقسم والا بنى ثم أجره ليرجع بما انفق لو بأمر القاضى والا فبقيمة البناء له التصرف فى ملكه

(اوعبدين اوغلة دار أودارين صح) استحسانا اتفاقا (و) لو تهايآ (فى غلة عبد اوعبدين او بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين اوثمرة شجرة اولبن غنم لا) أى لو تهايآ فى غلة عبد اوغلة بغل لا يصح اتفاقا ولو تهايآ فى غلة عبدين اوغلة بغلين اوركوب بغل او بغلين لا يصح عند ابى حنيفة خلافا لهما فهذه المسائل غير الثمر واللبن ثنتا عشرة مسئلة فى ثنتين لا يصح اتفاقا وفى ستة يصح اتفاقا وفى اربعة خلاف والله أعلم

وان تضر رجاره في ظاهر الرواية اشباه وفي المجتبى وبه يفتى وفي السراجية الفتوى على المنع قال المصنف فقد اختلف الافتاء وينبغي ان يعول على ظاهر الرواية كذا في الدر واقول الذي في حفظي من الترجيح هو التفصيل بأن يقال ان كان الضرر بينا فالفتوى على المنع والافلا والضرر البين هو ما لا يمكن ان يحتز زعنه وكثيرا ما افتى بهذا شيخنا فليكن هذا هو التوفيق بين ما في المجتبى والسراجية

(كتاب المزارعة)*

*(كتاب المزارعة) مناسبة بين الكتابين ان المزارعة شرعت لتحصيل منفعة الاملاك وهي النماء كما ان القسمة شرعت لذلك الا ان القسمة اعم لانها تجري في العقار وغيره والمزارعة تختص بالاراضي فلهذا أخرها عن القسمة ثم هي مفاعلة من الزرع وهو الانبات لغة والمفاعلة تجري بين اثنين كالمضاربة وفي الشرع (هي عقد على الزرع ببعض الخارج وتصح عندهما) خلافا لابي حنيفة والفتوى على قولهما (بشرط صلاحية الارض للزراعة

(قوله ان المزارعة الخ) اولان الخارج بها يقع فيه القسمة اوان بعد قسمة الارض يحتاج اليها حموي (قوله فلهذا أخرها) لان العام مقدم على الخاص كما في الجنس مع الفصل حتى استقبحوا في الحدود تقديم الفصل على الجنس حموي (قوله وهو الانبات) لو قال كالعيني وهو القاء الحب في الارض لكان اولى (قوله والمفاعلة تجري بين اثنين) فيه ايماء الى ما ذكره في البدائع من ان المفاعلة على بابها لان الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الانبات لغة وشرعا ولا انبات المتصور من العبد هو التسبب في حصول النبات وفعل التسبب وجد من كل واحد منهما الا ان التسبب من أحدهما بالعمل ومن الآخر بالتمكين من العمل باعطاء الآلات التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف كاسم الدابة ونحوه على ما عرف في الاصول وهذا هو أحد الوجهين في الجواب عما قيل كيف يسمى هذا العقد مزارعة مع ان الزرع انما يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى مزارعا دون رب الارض والبذر والوجه الثاني ان يقال ان المفاعلة قد تستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة مع ان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج فكذلك المزارعة لكن قال السيد الحموي لا حاجة الى هذا كله فان لفظ المزارعة نقله الفقهاء وجعلوه علما على هذا العقد المتعلق بالزرع فصار المقصود منه المعنى العلمي دون المعنى الاصلي فتدبر (قوله كالمضاربة) فانه يراد بها العقد الذي يجري بين رب المال والعامل لا حقيقة الضرب فان الضرب يوجد من المضارب (قوله هي عقد على الزرع الخ) والزرع طرح الزرعة بالضم وهي البذر وموضعه المزرعة مثلثة الراء كما في القاموس الا انه مجاز حقيقته الانبات ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يقولن احدكم زرعت بل طرحت أي طرحت البزر كما في الكشاف وغيره قهستاني (قوله ببعض الخارج) ولم ينتقض بما اذا كان الخارج كله لرب الارض او العامل فانه ليس مزارعة بل الاول استعانة بالعامل والثاني اعارة من المالك كما في الذخيرة قهستاني (قوله خلافا لابي حنيفة) لحديث رافع بن خديج انه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث او الربع من الخبير وهو الاكار لمعالجته الخبار وهي الارض الرخوة درر ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فكان في معنى قفيز الطحان زيلعي والتقييد بالربع او الثلث لبيان محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع عناية وخبير بوزن صديق وخبار كسحاب عزمي وما في الزيلعي من قوله ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله اولى مما في الدرر من انها استئجار أرض ببعض ما يخرج من عمله لشموله استئجار الارض والعامل كذا ذكره شيخنا (قوله والفتوى على قولهما) لانه عليه السلام دفع نخيل خيبر الى أهلها معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع وعليه عمل الصحابة والتابعين الى يومنا هذا وبمثله يترك خبر الواحد والقياس درر والجواب عن الامام ان معاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح بدليل انه عليه السلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها وفرع الامام مسائل المزارعة على قول من جوزها لعلمه ان الناس لا يأخذون بقوله شرنبلالية عن الخانية (قوله بشرط صلاحية الارض) للزراعة ليحصل

المقصود

المقصود واعلم ان اشتراط صلاحية الارض يغنى عن اشتراط علم المزارع بالارض فان الرضا بدونه لا يتم
قهستانى عن التتمة قال واستحسن المشايخ جوازها بمجرد قول المزارع اعمل انا فى ارضك مزارعة ورضى
الآخر بذلك فان العرف كاف كما فى الجواهر انتهى (قوله واهلية العاقدين) اذ لا صحة لعقد ما بدونها
لكن نقل السيد الحموى عن المقدسى انه ينبغى ترك هذا الشرط لعمومه اذ العادة قاضية بذكر الشروط
الخاصة بالشئ لا العامة له ولغيره (قوله بشرط ان يكون رب الارض والمزارع الخ) فالمزارع آخذ الارض
لا دافعها وان جاز ان يطلق عليه أيضا كما فى الطلبة قهستانى (قوله بالغا) فى كون البلوغ شرطا نظر
حموى (قوله حتى لو بينا مدة لا يتمكن فيها من الزراعة لا يجوز) وكذا اذا بينا مدة لا يعيش احدهما الى
مثلها عادة در عن الذخيرة لان فيه شرط بقاء العقد بعد الموت حموى واعلم انه قد اختلف الافتاء فمنهم
من افتى باشتراط بيان المدة كما فى الواقعات ومنهم من افتى برواية ابن سلمة انه لا يشترط ويقع على سنة
واحدة كما فى الصغرى وبه أخذ الفقيه كما فى القهستانى وجزم به فى الدر رامزا بالمجتبى والبزازية قال
واقره المصنف انتهى والمراد من انها تقع على سنة واحدة أى على أول زرع يكون فى تلك السنة
كما فى الشرنبلالية (قوله وبيان رب البذر) لان المعقود عليه يختلف باختلاف رب البذر فان كان
البذر من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فهو منفعة العامل
فلا بد من بيان من عليه البذر ولو دلالة لان جهالته تفضى الى النزاع بأن قال دفعتها اليك لتزرعها لى
وقال استأجرتك لتعمل فيها بنصف الخارج فهذا يبين ان البذر من صاحب الارض وان قال له تزرعها
لنفسك تبين ان البذر من العامل در وحاشيتها وحكى عن ائمة بلخ ان بيان من عليه البذر انما يشترط
فى موضع ليس فيه عرف ظاهر اما مع العرف فلا يشترط شلبى عن الاتقانى (قوله وجنسه) اذ لا بد من
بيان جنس الاجرة وهو لا يعلم الا ببيان جنس البذر در ولان بعضه اضر بالارض فان لم يبين وكان من رب
الارض جاز ولو من العامل لا الا اذا عمم بان قال تزرع ما بدا لك والا فسدت فان زرعها تنقلب جائزة وان
شرط أن يزرع شيئا فزرع خلافه كان مخالفا وان لم يكن اضر بالارض بخلاف الاجارة والفرق ان الاجرة
هنا بعض الخارج وفى الاجارة دراهم حموى عن الظهيرية وغاية البيان ولا يشترط بيان مقدار البذر
لعلمه باعلام الارض در (قوله وبيان حظ الآخر) أى لا بد من بيان حظ من لا بذر من قبله لانه يستحقه
عوضا بالشرط فلا بد من بيانه اذ ما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد در فان ذكر قسطه ولم يذكر قسط صاحب
البذر جازت بالاتفاق قهستانى (قوله وشرط التخلية بين الارض والعامل) هذا هو الصواب خلافا
لما فى الدرر من قوله والتخلية بين صاحب الارض والعامل ولهذا تعقبه عزمى بأن الصواب اسقاط لفظ
صاحب لان التخلية فى اصطلاحهم رفع الموانع بين شخص ومكان من شأنه ان يقبض فلا تتصور بين
شخصين قال القهستانى ويجب ان يقول رب الارض سلمت اليك هذه الارض وهذا شرط لم يذكر فى
الكتاب كما فى تتمة الواقعات انتهى (قوله وبشرط الشركة فى الخارج من الارض عند حصوله) لانه
ينعقد اجارة ابتداء وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج يكون مفسدا للعقد در ثم اشتراط
الشركة فى الخارج مستدرك لانه يستغنى عنه بما سبق من قوله وبيان حظ الآخر شرنبلالية (قوله
والعمل والبقر لآخر) لان صاحب الارض استأجر العامل للعمل والبقر آلة العمل فجاز شرطه عليه
كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه در رأى بابرة ذلك الخياط (قوله أو تكون الارض لواحد الخ)
لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها بأجر معلوم من الدراهم أو الدنانير صح
وكذا اذا استأجرها بذلك در (قوله أو يكون العمل لواحد الخ) لان صاحب الارض استعمل العامل
ليعمل بآلة المستأجر فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب در (قوله فان كانت الارض والبقر
لواحد الخ) وجه الفساد ان رب البذر استأجر الارض والبقر بجزء من الخارج مقصودا وذلك لا يصح
لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعتها قوة فى طبعها يحصل بها الخارج ومنفعة

واهلية العاقدين) يعنى شرطها أن
يكون رب الارض والمزارع
عاقلا بالغا (و) بيان المدة) لان
العقد يرد على منفعة الارض ان كان
البذر من قبل العامل او على منفعة
العامل ان كان البذر من قبل رب
الارض والمراد بالمدة مدة يتمكن فيها
من الزراعة حتى لو بينا مدة لا يتمكن
من الزراعة فيها لا يجوز (و) بيان
(رب البذر وجنسه) وقال الفقيه
ابو بكر البلخى تجوز المزارعة بدون
بيان رب البذر (و) بيان (حظ
الآخر و) بشرط (التخلية بين الارض
والعامل) حتى اذا شرط فى العقد
ما تزول به التخلية وهو عمل رب
الارض مع العامل لا يصح العقد
(و) بشرط (الشركة فى الخارج) من
الارض عند حصوله (و) بشرط (ان
تكون الارض والبذر لواحد والعمل
والبقر لآخر او تكون الارض لواحد
والباقى لآخر او يكون العمل لواحد
والباقى لآخر فان كانت الارض
والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر

البقر صلاحية يقام بها العمل أى صلاحية شق الارض فلعدم المجانسة لا يمكن جعل البقر تابعا لمنفعة الارض درر وزيلعى ومافى الهداية من قوله فان منفعتها قوة فى طبعها وهو بخلق الله تعالى لا مدخل له فى الدليل كما فى العناية وانما ذكره لانه لما أضاف منفعة الارض الى قوة فى طبعها ربما يتوهم ان ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك انتهى قال شيخنا والذى فى الزيلعى بدل هذه العبارة لان منفعتها الانبات ولعله احسن ومافى الدرر من قوله ولا يجوز استحقاق منفعة الارض مقصودا بالمزارعة صوابه كما فى الكافى منفعة البقر كما ذكره عزمى زاده ثم ان صاحب الدرر لم يتعرض لعلة عدم جواز ذلك وهى عدم ورود الشرع به على ماذكره صاحب غاية البيان (قوله أو كان البذر لاحدهما والباقى لآخر) وجه الفساد ان العامل أجير فلا يمكن ان تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض لواحد والباقى من الآخر وفيه الفساد فكذا فى هذا (قوله اوكان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر) وجه الفساد ان كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد فعند الاجتماع بالطريق الاولى درر (قوله وعن أبى يوسف انه يجوز الخ) لتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول زيلعى وعلله الحموى بقوله لانه لما جاز شرط البقر مع البذر على رب الارض جاز شرط البقر عليه كما فى العامل لما جاز شرط البقر والبذر عليه جاز شرط البقر وحده عليه والفتوى على ظاهر الرواية كما فى الخانية انتهى (قوله وبالتقسيم العقلى على سبعة أوجه) لقائل ان يقول يمنع الحصر فى طرفى الصحة والفساد فى صور كثيرة أما فى الاول فلانه يصح ان تكون الارض لاحد والبقر لآخر والبذر والعمل منهما والخارج نصفان وان يكون البقر لاحدهما والعمل لآخر والارض منهما والبذر امامنهما والخارج نصفان أومن العامل وله ثلثا الخارج كما فى التتمة وان تكون الارض والبذر وبقر واحد لاحدهما والعمل وبقر آخر لآخر كما فى المنية عن نجم الائمة وان يكون البقر لاحد والارض والبذر والعمل لهما والخارج نصفان كما فى النتف وأما فى الثانى فلانه لا يصح ان يكون كل من الاربعة لاحد كما فى التتمة وان يكون البذر والبقر لاحد والارض لآخر والعمل لثالث وان يكون الارض والبذر لاحد والبقر لآخر والعمل لثالث وان يكون الارض والعمل والبقر لاحد والبذر بينهما كما فى العمادى وان يكون البذر والعمل لاحد والبقر لآخر والارض لثالث وان يكون العبد أو البذر ولعبد أو البقر والعبد أو الارض والعبد والبقر لاحد والباقى لآخر كما فى النتف فوضح بطلان ماظن ان الحصر صحيح قهستانى وفى قوله لا يصح ان يكون كل من الاربعة لاحد تأمل لعدم تصور كون هذه الصورة من صور المزارعة الفاسدة الا ان يحمل على ما اذا اشترط على الآخر ماعدا الاربعة من باقى الآلات كالعبيد (قوله امان يكون الواحد من احدهما والثلاثة من الآخر) أى يكون الواحد من الاربعة لا على التعيين من أحدهما والباقى من الآخر حموى (قوله وهذا على أربعة أوجه) وجه ذلك انه اذا كانت الارض من أحدهما كان من الثانى البذر والبقر والعمل وهو الوجه الاول واذا كان من أحدهما العمل كان من الثانى البذر والبقر والارض وهو الوجه الثانى واذا كان من أحدهما البذر كان من الثانى البقر والارض والعمل وهو الوجه الثالث واذا كان من أحدهما البقر كان من الثانى العمل والبذر والارض وهو الوجه الرابع حموى (قوله والاولان جائزان) أحدهما وهو الاول اذا كانت الارض من أحدهما والباقى من الآخر والثانى اذا كان العمل من أحدهما والباقى من الآخر وقد قدمنا وجه الجواز فيهما فلا نعيده (قوله والثالث غير جائز) وهو ما اذا كان البذر من أحدهما والعمل والبقر والارض من الآخر ووجه عدم الجواز فيه ما قدمناه ولان الشرع لم يرد به (قوله والرابع غير مذكور فى الكتاب) وهو ما اذا كان البقر من أحدهما والباقى من الآخر ووجه عدم الجواز ان رب البذر استأجر البقر واستئجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يصح لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض حموى وبقى وجه آخر لم يذكره القدورى ولا صاحب الهداية وهو ان يشترك أربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر وقد وقع ذلك فى عهده عليه الصلاة والسلام

أوكان البذر لاحدهما والباقى لآخر اوكان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر فسدت) فى ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز فى الاولى والثانية واعلم ان المزارعة على أربعة أوجه وهذا لان ماتقوم به المزارعة أربعة وهى الارض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلى على سبعة أوجه لانه امان يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن تكون الارض أو العمل أو البذر أو البقر من احدهما والباقى من الآخر فالاولان جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور فى الكتاب

على

على ماروى عن مجاهد فألغى صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم والحق الزرع كله بصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهم مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل كذا فى العناية (قوله وهو غير جائز ايضا) وينبغى ان يجوز بالقياس على العامل وحده او على الارض وحدها والجواب ان القياس عدم جواز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وانما ترك ذلك بالاثر والاثر ورد فى استئجار العامل أو الارض والحاصل أن الاصل الذى تبنى عليه مسائل المزارعة كما فى الذخيرة هو ان استئجار الارض للزراعة ببعض مايخرج منها جائز لاثر عبدالله بن عمر ولتعامل الناس فان الناس تعاملوا اشتراط البذر على المزارع ومستأجر الارض ببعض الخارج وكذلك استئجار العامل ببعض الخارج جائز لاثره عليه السلام مع اهل خيبر ولتعامل الناس لانهم تعاملوا اشتراط البذر على رب الارض واذا اشترط البذر على رب الارض يصير رب الارض مستأجر العامل ببعض الخارج واما استئجار غيرهما ببعض الخارج لا يجوز لان الاجر معدوم ليس بمشار اليه ولا واجب فى الذمة ولكن جوزناها هنا نصا بخلاف القياس والنص ورد فى استئجار العامل والارض لا فى استئجار غيرهما فبقى على اصل القياس قال السيد الحموى وبعد الوقوف على هذه الجملة يتضح انواع مسائل المزارعة (قوله وهو على ثلاثة اضرب) فالاول ان تكون الارض والبذر من احدهما ومن الثانى البقر والعمل والثانى ان تكون من احدهما الارض والبقر ومن الثانى البذر والعمل والثالث ان تكون من احدهما الارض والعمل ومن الثانى البذر والبقر دل على هذا قول الشارح وذلك اما ان يكون الارض مع البذر ومع البقر ومع العمل من احدهما والباقيان من الآخر ومن هنا تعلم ما فى حاشية السيد الحموى من القصور والخلل اما الخلل فلان قوله والثانى ان يكون الارض والعمل من واحد ومن الثانى البذر والبقر صوابه والثالث والظاهر ان هذا تحريف من الناسخ واما القصور فلعدم ذكره الثانى اصلا (قوله والاول جائز) تقدم وجه الجواز (قوله دون الاخيرين) وهو ما اذا كان الارض والبقر من واحد ومن الثانى البذر والعمل أو كان الارض والعمل من واحد ومن الثانى البذر والبقر وقد قدمنا وجه عدم الجواز فيهما واما ماذكره فى البدائع وتبعه السيد الحموى ففيه نظر بالنسبة للوجه الثانى اذ قوله ووجه عدم جواز الثانى ان صاحب البذر يصير مستأجرا الارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة انتهى يقتضى الصحة عند عدم الجمع بينهما وليس كذلك ألا ترى الى ماعلل به فى الدرر حيث قال لان كل واحد من البذر والبقر لما لم يصح عند الانفراد لم يصح عند الاجتماع انتهى (قوله أو شرطا لاحدهما قفزانا مسماة) وجه الفساد احتمال ان لا تخرج الارض الا هذه القفزان فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة درر (قوله أو شرطا لاحدهما ما على الماذيانات والسواقى) لانه يحتمل ان لا يحصل الريع الامنهما فيؤدى الى قطع الشركة عينى (قوله أو شرطا ان يرفع رب البذر بذره) لاحتمال ان لا يحصل الا ذلك القدر درر (قوله أو ان يرفع الخراج) وجه الفساد ماسبق وهو احتمال ان لا يحصل الا ذلك القدر (قوله فسدت) كذا تفسد لو شرطا كون التبن لاحدهما والحب للآخر لانه يقطع الشركة فى الحب وهو المقصود أو شرطا تنصيف الحب وشرطا التبن لغير رب البذر لانه يؤدى الى قطع الشركة اذ ربما تصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن أو شرطا الحب نصفين وجعلا التبن لرب البذر صحت اما الاولى فلانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود والسكوت عن التبع لا يوجب فساد العقد فى الاصل واما الثانية فلانه شرط موافق لحكم العقد لانه نماء ملكه كذا فى الدرر واما اذا شرطا كون الحب لاحدهما والتبن للآخر فهو على ثمانية اوجه كما فى الخانية ستة منها فاسدة واثنتان جائزتان اما الفاسدة فأحدها اذا شرطا كون الحب

وهو غير جائز أيضا واما ان يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة اضرب وذلك اما ان تكون الارض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون الاخيرين ومن أراد ضبط هذه الاقسام فليحفظ هذا النظم

زقعت الف وباوعين وقاف تمام
بحكم نظم طبيبى جوهفت شد حاصل
ألف بهيج ندارد جوعين صحت باذت
هنادك با بالف واين دبكر همه باطل

(أو شرطا لاحدهما قفزانا مسماة او) شرطا لاحدهما (ما على الماذيانات والسواقى أو) شرطا (ان يرفع رب البذر بذره أو ان يرفع الخراج والباقى بينهما فسدت) جواب لقوله فان كانت هذا اذا كان الخراج خراج توظيف بان يكون دراهم مسماة اوقفزانا مسماة اما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء شائع فى الخارج كالثلث والربع فلا تفسد كما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقى بينهما حيث لا تفسد وهذا هو الحيلة فى ان يجوز اشتراط رفع صاحب البذر بذره وطريقه ان ينظر الى مثل هذه الارض كم تخرج من مثل هذا القدر من البذر فان كانت تخرج عشرة اكرار والبذر كر يشترط لنفسه عشر الخارج والباقى بينهما وعلى هذا القياس والماذيانات جمع ماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول وقيل ما يجمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض

والسواقى جمع ساقية وهى الانهار الصغار (فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو ارضه و) لكن (لم يزد) الاجر (على ماشرط) فلو كان البذر من رب الارض فللعامل أجر مثله وان كان من قبل العامل فلرب الارض أجر مثل ارضه ثم عندهما لا يزاد على ماشرط له بالمزارعة وعند محمد فى الفصلين له أجر مثله بالغا مابلغ ولو كان البقر والارض لواحد والبذر والعمل لآخر فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر وهو الصحيح وقيل يغرم له مثل أجر الارض مكروبة وأما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا فاذا فسدت المزارعة والبذر من قبل رب الارض طاب له الخارج كله وان كان البذر من العامل طاب له قدر بذره وقدر ماغرم من أجر مثل الارض وتصدق بالفضل (وان صحت) المزارعة (فالخارج على الشرط فان لم يخرج شئ فلاشئ للعامل) بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج الارض شيئا فانه يجب أجر المثل فى الذمة (ومن أبى) من العاقدين بعد العقد (عن المضى) على ما التزم من العمل (اجبر) اى اجبره القاضى على العمل الا اذا كان عذر تفسخ به الاجارة (الا رب البذر) يعنى اذا كان الاباء من رب البذر فحينئذ لايجبر (وتبطل) المزارعة (بموت احدهما) أى اذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة فلو دفعها الى ثلاث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يحصد ثم مات رب الارض تركت الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم بالشرط وتنتقض المزارعة فى السنتين الباقيتين ولو مات رب الارض قبل الزراعة

للدافع والتبن للعامل والثانية عكسها والثالثة ان يكون التبن بينهما والحب للدافع والرابعة اذا شرطا كون التبن بينهما والحب للدافع والخامسة اذا شرطا كون الحب بينهما والتبن للدافع وفى هذا الوجه ان شرطا التبن لرب البذر جاز وان شرطا لغيره لايجوز وعن ابى يوسف لايجوز اصلا وعن بعض مشايخ بلخ اذا شرطا كون الحب بينهما وسكتا عن التبن كان الحب والتبن بينهما لمكان العرف والسادسة اذا شرطا كون التبن بينهما وسكتا عن الحب لايجوز ففى هذه الوجوه انما لاتصح المزارعة لان هذا شرط يؤدى الى قطع الشركة فى المقصود لاحتمال ان يحصل احدهما دون الآخر ولو شرطا كون الحب بينهما وسكتا عن التبن جاز ليكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وعن ابى يوسف انه لايجوز وعن محمد انه رجع الى قول ابى يوسف انتهى واستشكل القهستانى ماذكروه من انهما اذا شرطا كون التبن لاحدهما والحب للآخر تفسد بما اذا شرط التبن لاحدهما والبذر للآخر فانه جائز كما فى الذخيرة (قوله والسواقى) جمع ساقية وهى الانهار الصغار فتكون مغايرة للماذيانات لامرادفة لها كما ذكره العينى بناء على مانقل عن المغرب من ان الساقية فوق الجدول ودون النهر (قوله فيكون الخارج لرب البذر) لانه نماء ملكه والفرع يملك بملك الاصل واستحقاق الآخر بالتسمية فاذا فسدت كان النماء كله لرب البذر درر فان قلت التعليل بأنه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له مع انه نماء ملك صاحب البذر قلت الجواب كما فى العناية ان الغاصب عامل لنفسه فكان اضافة الحادث الى فعله اولى بخلاف المزارع فانه عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر (قوله لايزاد الخ) لانه رضى بسقوط الزيادة عينى (قوله وعند محمد فى الفصلين الخ) هما لو كان البذر من رب الارض او من العامل (قوله بالغا مابلغ) لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها هداية وبقول محمد قالت الثلاثة عينى (قوله طاب له قدر بذره الخ) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك فى منافع الارض اورث خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لاعوض له تصدق به لكن ماذكره الشارح من انه يتصدق بالفضل تبعا لما جزم به فى الهداية حكاه الزيلعى بقيل ونصه ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر واجر الارض وكذا العينى حكاه بقيل أيضا على ان صاحب الدرر والدر لم يذكره أصلا (قوله وتصدق بالفضل) حتى ان الافضل ترك اجابة دعوة المزارع قهستانى (قوله فلاشئ للعامل) لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة فالواجب فى العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة فى الخارج دون غيره فلا يستحق غيره زيلعى وقول العينى لان استحقاقه بالشركة فى الخارج ولا شركة فى الخارج صوابه ولا خارج فلاشركة كذا بخط شيخنا (قوله يجب اجر المثل فى الذمة) وعدم الخروج لايمنع من وجوبه فى الذمة زيلعى (قوله اى أجبره القاضى على العمل) لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه درر (قوله الا اذا كان عذر الخ) والسفر والمرض من قبل المزارع عذر ولو كان المزارع سارقا يخاف على الزرع والثمر منه فهو عذر شرنبلالية عن الخلاصة (قوله فحينئذ لايجبر) لانه لايمكنه المضى الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى أيخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجره لهدم داره ثم امتنع عينى وفيه اشعار بان هذا قبل القاء البذر فى الارض وأما بعده فيجبر لان العقد حينئذ يصير لازما من الجانبين حتى لايملك أحدهما الفسخ بعده كما فى الذخيرة قهستانى (قوله وتبطل المزارعة بموت أحدهما) لانها اجارة عينى (قوله فلو دفعها الى ثلاث سنين الخ) أشار بهذا الى ان بطلانها بموت أحدهما ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا كان قبل ان ينبت أما اذا نبت فالاستحسان ان لاتبطل حتى يستحصد الزرع ثم تبطل فى الباقى (قوله ثم مات رب الارض) كذا فى النسخ والصواب اسقاط ثم لان قوله مات جواب لما وقوله تركت جواب لو موى ولا وجود لثم فى نسخة شيخنا بخطه (قوله ويقسم بالشرط) أى بين المزارع وورثة رب الارض (قوله وتنتقض المزارعة فى السنتين الباقيتين) لان فى ابقاء العقد

فى السنة الاولى مراعاة حق المزارع والورثة وفى القطع ابطال لحق العامل أصلا فكان الابقاء اولى وأما فى الاخيرتين فلا حاجة الى الابقاء اذ لم يثبت الحق للمزارع فى شئ فعملنا بالقياس درر واله واب ابدال القطع بالقلع عزمى (قوله بعدما كرب الارض) كراب الارض بكسر الكاف اثارة الارض للزرع قاموس (قوله ولاشئ للعامل بمقابلة عمله) لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قومه بجزء من الخارج ولا خارج بخلاف ما اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب المزارع الارض حيث يلزمه فيما بينه و بين الله تعالى ان يعطيه اجر مثل عمله لانه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتى بدون اختياره زيلعى والتعبير باجر المثل يشير الى انه مقدر بحيث انه لايخرج عن عهدة الواجب بأداء مادونه لكن فى القهستانى لم يثبت رواية فى مقدار مابه الاسترضاء انتهى (قوله فاذا فسخت المزارعة الخ) الظاهر ان يقال فاذا احتاج صاحب الارض الى بيع الارض وفسخ المزارعة لدين فادح لحقه جاز بيع الارض وفسخ المزارعة واعلم انه يجب ان يسترضى المزارع اذا عمل ديانة كما مر كذا فى التنوير وفى الزيلعى مايخالفه ونص عبارته وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقومها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ انتهى (قوله بدين فادح) أى ثقيل من فدحه الامر بالفاء أى اثقله عناية وشلبى على الزيلعى وقال فى الصحاح ولم يسمع افدحه الدين ممن يوثق بعربيته (قوله جاز بيع الارض وفسخ الاجارة) الاولى وفسخت كما فى الاجارة كما فى الهداية كذا بخط شيخنا ولا حاجة الى ماذكره السيد الحموى من التصويب لان المزارعة فى معنى الاجارة واعلم ان جواز بيع الارض مقيد بما اذا لم ينبت الزرع أما اذا نبت ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يحصد الزرع لان فى البيع ابطال حق المزارع والتاخير أهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت فى رواية وقيل لاتباع حتى يستحصد كما لاتباع بعد النبات حتى يستحصد زيلعى (قوله فعلى المزارع أجر مثل ارضه) أى اجر مثل مافيه نصيبه كما فى صدر الشريعة لانه استوفى بعض منفعة الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك بخلاف مالومات أحدهما قبل الادراك حيث لايجب على العامل اجر لانا ابقينا عقد الاجارة استحسانا لبقاء مدة الاجارة فأمكن استمرار العامل او وارثه على ما كان عليه من العمل أما فى الاول فلا يمكن الابقاء لانقضاء المدة درر والحاصل انه بمضى المدة بعد الادراك انتهى العقد فيجب عليهما مؤنة على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد زيلعى وان أنفق احدهما على الزرع بغير امر صاحبه فهو متطوع لانه لاولاية له عليه ولاهو مضطر الى ذلك لانه يمكنه الانفاق بامر القاضى فصار نظير الدار المشتركة اذا استرمت زيلعى ودرر ومافى الدرر من قوله ونفقته عليهما متعلق بمسئلة مضى المدة قبل ادراكه بخلاف مسئلة نفقة الزرع عليهما بقدر حقهما فلا يتوهم التكرار كما ذكره عزمى زاده قال فى الصحاح استرم الحائط حان له ان يرم وذلك اذا بعد عهده بالتطيين (قوله ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما) أى يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة الزرع اى المزارعة كما يجب عليهما اجر الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة كما فى التبيين والحاصل ان ما كان مؤنة العمل قبل بلوغ الزرع مما يصلح به الزرع فهو على العامل لان ذلك على المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به وما كان بعد تناهى الزرع فهو عليهما على قدر حصتهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما فى نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز شلبى على الزيلعى خلافا لما فى الدرر حيث سوى بين الجميع فى الحكم وأيضا أفهم بقوله ونفقته عليهما حتى يدرك ان ما كان من عمل قبل الادراك عليهما وليس كذلك بل هو على العامل على مايظهر من صريح لفظ الهداية على ان فى كلامه تناقضا حيث مثل لذلك بقوله كاجر السقى والمحافظة والحصاد والرفاع والدوس والتذرية فتمثيله بالحصاد ومابعده يناقض

بعدما كرب الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة ولاشئ للعامل
بمقابلة عمله فاذا فسخت المزارعة بدين
فادح بحق صاحب الارض فاحتاج
الى بيعها جاز بيع الارض وفسخ
الاجارة ثم قيل لابد للفسخ من القضاء
أو الرضاء على رواية الزيادات وقيل
لايحتاج الى ذلك وهو رواية كتاب
المزارعة كذا فى شرح الاصل (فان
مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى
المزارع اجر مثل ارضه حتى يدرك
ويستحصد (ونفقة الزرع عليهما
بقدر حقوقهما كاجر الحصاد)

ما أفهمه قوله حتى يدرك لان هذا من قبيل العمل بعد الادراك ولهذا قال عزمى زاده ان آخر كلامه يناقض أوله (قوله بالفتح والضم) قال فى شرح المجمع لابن الضياء الحصاد والرفاع كل برفع فاء الفعل وكسرها ومراده بالفعل المصدر وفى الصحاح عن الكسائى انه لم يسمع فى الرفاع الا الكسر قلت من سمع وحفظ حجة على من لم يسمع ولا يلزم من عدم سماع الكسائى عدم سماع غيره حموى (قوله فان شرطاه على العامل فسدت) لانه شرط لا يقتضيه العقد فان الزرع اذا أدرك انتهى العقد وكذا لو شرطاه على رب الارض در (قوله عن أبى يوسف انه يجوز) قال فى الملتقى وعليه الفتوى ومشايخ بلخ أفتوا به وقالوا يجوز شرط النفقة والحمل الى منزله على العامل للتعامل بين الناس واختاره شمس الائمة وقال انه الاصح ولو شرطا الجداد على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أرادا قصل القصيل او جد الثمر بسرا كان عليهما زيلعى قال فى الصحاح القصل القطع وسيف مقصل وقصال أى قطاع ومنه سمى القصيل وقصلت الدابة علفتها القصيل انتهى قال فى المختار وبابه قطع والجداد بالدال المهملة القطع من جد النخل أى قطع ثمره جداد كما فى النهاية وفى الصحاح وجد النخل يجده أى صرمه وأجد النخل حان له ان يجد وهذا زمن الجداد والجداد مثل الصرام والصرام والقطاف والقطاف فكان الفعال والفعال مطردان فى كل ما كان فيه معنى وقت الفعل مشبهان فى تعاقبهما بالاوان والاوان والمصدر من ذلك كله على الفعل مثل الجد والصرم والقطف انتهى وذكر الوانى ان الجذاذ بالذال المعجمة على ما فى عامة نسخ الدرر وفى بعضها بالزاى وهو الاصح لان ما بالذال المعجمة لمطلق القطع كما فى قوله تعالى عطاء غير مجذوذ أى غير مقطوع وأما بالزاى فمخصوص بقطع مثل البر والنخل والصوف وغيرها انتهى (تتمة) ذكر الزاهدى اخذ أرضا مزارعة اوزرع ارضه محافظا على الصلوات بالجماعة لكنه اخر صلاة واحدة عن وقتها لاشتغاله بالزراعة لا يكون زرعه طيبا وكذا لو زرع بلا طهارة او أخر الاجرة بعد ما جف عرقه او أخر اداء الثمن بعد حلول الاجل أو اداه متفرقا بلا رضاء البائع أو آذى حيوانا بفعله وتمامه فى القهستانى

(كتاب المساقاة)

حقه التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجواز المساقاة ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر لكن قدم المزارعة لشدة الحاجة الى معرفة احكامها وكثرة تفاريع مسائلها والمساقاة هى المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوى هو مفهومها الشرعى كما فى العناية وقوله لكثرة القائل بجوازها احسن ممن قال لكونها جائزة بلا خلاف وتأويله انه أراد نفى الخلاف بين أهل المذاهب كما ذكره الاتقانى اما بين أهل مذهبنا فأبو حنيفة لا يجوزها الا انها فى معنى قفيز الطحان كذا ذكره شيخنا فسقط قول السيد الحموى فى كون المساقاة جائزة بلا خلاف نظر واعلم ان ظاهر كلامهم يفيد عدم صدق المزارعة بالمساقاة وانها نوع آخر فبينهما التباين خلافا لما يستفاد من كلام القهستانى من ان المزارعة اعم حيث قال المساقاة من المزارعة (قوله المناسبة بين الكتابين ظاهرة) لان كلا منهما عقد شرع لتحصيل منفعة الملك ولهذا كانت كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا حموى (قوله وفى الشرع الخ) ظاهره المغايرة بين معناها اللغوى والشرعى وهو الظاهر أيضا من كلام الزيلعى والعينى وهو خلاف ما قدمناه عن العناية من عدم الفرق بينهما وكذا فى النهاية كما ذكره القهستانى ونصه ولم يفرق بين معناها اللغوى والشرعى كما فى النهاية وغيرها (قوله وهى كالمزارعة) الا فى اربعة اذا امتنع أحدهما يجبر اذ لا ضرر بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر الثانى اذا انقضت المدة يعمل بلا اجر وفى المزارعة بأجر الثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة

بالفتح والضم لغتان (والرفاع) بالفتح
والكسر لغة وهو ان يرفع الزرع الى
البيدر بعد الحصاد (والدياسة) وهو
ان يوطأ الزرع بقوائم الدواب
(والتذرية فان شرطاه على العامل
فسدت) المزارعة وروى أصحاب
الامالى عن ابى يوسف انه يجوز واذا
شرطاه والاصل انه اذا شرط فى المزارعة
على احدهما ماليس من عمل المزارعة
فسدت واذا شرط فى المزارعة ماهو
من أعمالها لا تفسد

(كتاب المساقاة)

المناسبة بين الكتابين ظاهرة ثم هى
مفاعلة من السقى وهى المعاملة
وفى الشرع (هى معاقدة دفع
الاشجار الى من يعمل فيها على ان
الثمر بينهما وهى كالمزارعة حكما
وخلافا) وشروطا فان حكم المساقاة
كحكم المزارعة

الزرع الرابع اذا لم تبين المدة تجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وكذا اذا ادرك البزر فى أصول الرطبة وتقع على اول ثمر يخرج فى تلك السنة لانه متيقن ومابعده مشكوك بخلاف المزارعة لان الزرع يختلف ابتداء وانتهاء ربيعا وخريفا ابن فرشته ولو ذكر مدة لاتخرج الثمرة فيها فسدت ولو احتمل ظهور الثمرة فلو خرج فى الوقت المسمى فعلى ماشرطا وان لم تخرج فيه بل تأخر عنه فسد العقد ان تبين انهما سميا مدة لا تخرج الثمار فيها درر ومافى الزيلعى من انه اذا لم تخرج شيئا أصلا فلاشئ له يقتضى عدم استحقاقه اجر مثل عمله بقى ان يقال ماسبق من التعليل بجواز المساقاة استحسانا اذا لم تبين المدة بأن وقت ادراك الثمر معلوم ينافيه مابعده من قوله وان لم تخرج فيه بل تأخر عنه الخ فانه اذا جاز التفاوت فى الخروج يجوز التفاوت فى الادراك بلا محالة كذا ذكره الوانى وفيه نظر لانه لم يقتصر على قوله اذ لادراك الثمر وقت معين بل زاد عليه قوله قلما يتفاوت وحينئذ فلا ينافيه مابعده لانه لم ينف التفاوت أصلا وانما نفى الكثرة فيه ثم فساد العقد فيما اذا لم تخرج الثمرة فى الوقت المسمى ليس على اطلاقه خلافا لظاهر الدرر ولهذا قيده فى الشرنبلالية بما فى البزازية حيث قال وان لم تخرج شيئا فى تلك المدة ان اخرجت بعد تلك المدة فى السنة فسدت وان لم تخرج فى ذلك العام و بعده حدثت لها جازت المعاملة انتهى ولو دفع غراسا لم يبلغ الثمر تفسد ان لم يذكر سنين معلومة ولو دفع رطبة انتهى جزازها على أن يقوم عليها حتى يخرج بزرها و يكون بينهما نصفين جاز بلا بيان مدة لان لادراك البزر وقتا معلوما والرطبة لصاحبها اذ لا أثر فيها لعمل العامل ولو شرطا الشركة فيها فسدت لاشتراط الشركة فيما هو حاصل قبلها وقوله فى الدرر فلو خرج فى الوقت المسمى فعلى ماشرطا مقيد بما اذا كان الخارج مما يرغب فيه والا لا يجوز شرنبلالية عن البزازية واعلم ان البزر بالكسر على الاصح والفتح لغة والجمع بزور واسم لحبات الحشيش كالخردل كما ان البذر بالذال المعجمة اسم لحبات الغلة كالحنطة كذا بخط شيخنا عن عزمى والمصباح فعلى هذا يكون بينهما المغايرة ويخالفه مافى القهستانى حيث قال وهو أى البزر بالزاى اخص اذ هو ما كان للبقل من الحب والبذر أى بالذال ماعزل للزراعة من الحبوب انتهى معزيا للنهاية والقاموس (قوله فى أن الفتوى على صحتها) فيه نظر فانه يقتضى ان الفتوى بصحتها حكمها وليس كذلك حموى (قوله وبيان نصيب العامل) فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب الدافع جاز استحسانا كما بينا فى المزارعة كذا بخط شيخنا (قوله اما بيان البذر ونحوه) كجنسه (قوله وقال الشافعى ومالك الخ) عبارة الزيلعى وقال الشافعى فى الجديد لا تجوز الا فى النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما لما قال ابو حنيفة فى المزارعة وانما جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله أصل فى الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة فى الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما فى المضاربة والشركة وفى المزارعة لا يتأتى ذلك لان شرط رفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا فى ضمن المعاملة وكم من شئ يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ماروى عن ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر بشطر مايخرج من ثمر او زرع وهو مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأى وقد ورد احاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها الخ (قوله ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة) بأن يكون النخيل والكرم فى أرض بيضاء يسقى بماء النخيل فيأمر بان تزرع الارض أيضا بالنصف عناية (قوله والكرم والرطاب الخ) عطف الكرم ونحوه على الشجر تنبيها على انها من الشجر لان الشجر اسم لماله ساق ولها ساق عينى ومنه يعلم سقوط اعتراض القهستانى (قوله يريد بها جميع البقول) وقيل القصب ما دام رطبا وأهل مصر يسمونها البرسيم ويسمون يابسها الدريس حموى (قوله وقال الشافعى لا تجوز الا فى الكرم والنخل) لان مساقاة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كانت فيهما ففى غيرهما يبقى على القياس والجواب على التسليم على ما أشار اليه الحموى نقلا عن صدر الشريعة

فان الفتوى على صحتها وفى انها باطلة عند ابى حنيفة خلافا لهما وفى ان شروطها كشروطها فى كل شرط يمكن وجوده فى المساقاة كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والتخلية بين الاشجار وبين العامل والشركة فى الخارج اما بيان البذر ونحوه فلا يمكن فيها وقال الشافعى ومالك المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الاصل ضعف التبع والمعاملة انما تصح عنده اذا شرط النفقات كلها على العامل (وتصح) المساقاة (فى الشجر والكرم والرطاب) يريد بها جميع البقول (واصول الباذنجان) وقال الشافعى لا تجوز الا فى الكرم والنخل (فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة) وقد كانت (الثمرة تزيد بالعمل صحت

حيث قال وعندنا تصح فى جميع ماذكرنا لحاجة الناس انتهى لان الاصل فى النصوص التعليل وجوازها للحاجة وهى تعم الكل وعلى المنع ما أشار اليه ابن فرشته حيث قال والمروى ان مساقاته عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كانت على مافيها من الاشجار لا على النخل والكرم فقط انتهى (قوله وان انتهت لا تصح) أى المساقاة لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع فلو ادرك بعضه فدفعه لاجل باقيه وأيضا بعض الشجر يثمر مرارا فما الحكم فى ذلك فليحرر حموى عن المقدسى وأقول نقل شيخنا عن قاضيخان مانصه رجل دفع الى رجل كرما معاملة وفيه أشجار لا تحتاج الى العمل سوى الحفظ قالوا ان كان بحال لو لم يحفظ تذهب ثمرتها جازت المعاملة ولو دفع شجرة الجوز الى رجل معاملة قال ابن الفضل يجوز وللعامل حصته لانها تحتاج الى السقى والحفظ حتى لو لم تحتج الى أحدهما لا يجوز انتهى فاذا جازت المعاملة فى الاشجار بعد تناهى ثمرتها لاحتياجها للحفظ او للسقى فلان يجوز اذا كان بعد خروج بعض الثمار دون البعض او بعد خروج الكل اذا كانت تخرج مرارا بالاولى واستفيد من كلام قاضيخان أن ما فى المتن من قوله وان انتهت لا ليس على اطلاقه بل يحمل على ما اذا كانت الثمرة غير محتاجة للسقى او الحفظ (قوله فللعامل أجر مثله) لانها فى معنى الاجارة الفاسدة ابن فرشته (قوله وتبطل بالموت) عبارة الدرر وتبطل بموت أحدهما وبمضى مدتها والثمر نىء وذكر ان هذا القيد متعلق بالموت ومضى المدة والنىء كما ذكره الوانى بفتح النون وسكون الياء والهمزة آخرها ضد النضج (قوله ويكون البسر بين العامل الخ) بنصب يكون عطفا على تنتقض من قوله فالقياس ان تنتقض المعاملة (قوله وفى الاستحسان لا تنتقض) لان فى انتقاض العقد بموته اضرارا بالعامل درر قال شيخنا وفيه تأمل لانه ينافى ما سبق من قوله تبطل بالموت فلو قال لان فى ترك القيام عليه الخ كان أولى (قوله ان شاؤا صرموا البسر) أى ان شاؤا وافقوا العامل على الصرم وصرموا البسر فقسموه على الشرط وصرم من باب ضرب كذا بخط شيخنا (قوله ويرجعوا بنصف نفقتهم) ان أنفقوا بأمر قاض والا فلا رجوع هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره واستشكله الزيلعى بأنه ينبغى الرجوع بجميع النفقة لان العامل انما يستحق بالعمل والعمل كله عليه ولهذا لو اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا بالنصف فقط لادى الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلاف لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة قال وكذا هذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا لكن ظاهر كلام العينى فى المزارعة أن الرجوع بجميع النفقة وعليه فلا اشكال ثم رأيت فى حاشية الزيلعى للشلبى معزيا لخط الطرابلسى انه لا اشكال فى كلام صاحب الهداية وغيره انما الاشكال فيما فهمه هذا الشارح يعنى الزيلعى من عبارتهم فانهم قالوا يرجعون عليه بذلك فى حصته أى يرجعون فى حصة العامل بجميع ما انفقوا ولم يقل احد منهم يرجعون بالحصة انتهى لكن فى قوله ولم يقل احد منهم الخ نظر بالنسبة لما ذكره الشارح حيث صرح بقوله ويرجعوا بنصف نفقتهم وهكذا صرح به غيره على ما نقله الحموى عن الكافى وغيره ونص عبارته نعم يرد هذا على ما فى الكافى والغاية والمبسوط من انه يرجع بنصف ما انفقه واعلم ان الرجوع بجميع النفقة فى حصة العامل مقيد بما اذا مات رب الارض فى وسط المدة والزرع بقل بخلاف ما اذا انتهت المدة والزرع بقل حيث يكون الرجوع بالنصف فقط مقدرا بالحصة والفرق على ما نقله السيد الحموى عن الذخيرة انا ابقينا عقد المزارعة فى الموت كما مر واذا بقيت المزارعة كان جميع النفقة على المزارع الى ان يحصد الزرع فاذا انفق الورثة باذن القاضى كان لهم الرجوع بجميع النفقه لكن مقدرا بالحصة حتى لا يرجعوا بالزيادة على حصته من الزرع لان الرجوع بالزيادة على الحصة اجبار وليس لنا ولاية اجبار بعد موت رب الارض فأما مقدرا بالحصة فلا اجبار وأما اذا انتهت المدة فالنفقة عليهما فلهذا يرجع بالنصف فقط انتهى (قوله فى حصة العامل) يشير الى ما ذكرناه من عدم الرجوع بما زاد على الحصة

وان انتهت) الثمرة (لا) تصح
(كالمزارعة) أى اذا دفع الزرع وهو
بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز
(واذا فسدت) المساقاة (فللعامل اجر
مثله) أى اجر مثل عمله ولم يزد على
ما شرط له من الثمرة وقال محمد له اجر
مثله بالغا ما بلغ ولم يذكر هذا الشرط
اكتفاء بما قاله فى صدر الكتاب وهى
كالمزارعة وهذا الشرط فى المزارعة
مذكور (وتبطل بالموت) فان مات
رب الارض والخارج بسر فالقياس
ان تنتقض المعاملة ويكون البسر بين
العامل والورثة نصفين وفى الاستحسان
لا تنتقض وللعامل أن يقوم عليه
حتى تدرك الثمرة وان كره ذلك ورثة
رب الارض فان قال العامل أنا آخذ
نصف البسر فله ذلك الا انه لا يملك
الحاق الضرر بورثة رب الارض
فيثبت لهم الخيار ان شاؤا صرموا البسر
وقسموه على الشرط وان شاؤا اعطوه
نصف قيمة البسر وصار البسر كله بينهم
وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ
ويرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة
العامل من الثمرة كما فى المزارعة وان
مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه
وان كره رب الارض فان قالت الورثة
نحن نصرمه بسرا فلرب الارض
الخيارات الثلاث كما مر آنفا ولو ماتا

(قوله

(قوله فالخيار لورثة العامل الخ) لقيامهم مقامه وقد كان له فى حياته هذا الخيار بعد موت صاحب الارض فكذا يكون لورثته بعد موته درر فان قلت الخيار لا يورث عندكم لانه عرض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم ويجاب بأنه ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى ان تدرك شلبى (قوله لا لورثة رب الارض) فيه نظر لما فى الزيلعى من انه اذا أبى ورثة العامل عن القيام عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض اللهم الا ان يكون المراد لا خيار لورثة رب الارض اذا اختار ورثة العامل المضى على العمل فلا ينافى حينئذ ثبوت الخيار لهم عند الاباء فتدبر وان لم يمت أحدهما بل انقضت مدة المساقاة فالخيار للعامل ان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما على السواء لان فى الامر بالجد قبل الادراك اضرارا بهما درر قال الوانى وقوله ويكون بينهما على السواء مناقض لما قال أولا انما تبطل بموت احدهما وبمضى مدتها والثمر نىء لان مقتضى بطلان المساقاة وجوب أجر المثل لا كون الثمر بينهما على السواء ورد بان الاجر غير متصور هنا لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة لان الارض يصح ان تؤجر وكذلك العمل كله على العامل هنا وفى المزارعة عليهما لانه لما وجب أجر المثل للارض بعد المدة فى المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها عزمى وشرح حموى (قوله وتفسخ بالعذر) ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكن وفاؤه الا ببيع الكرم عناية وهل ينفرد صاحب العذر بالفسخ او يحتاج الى قضاء القاضى روايتان ذكرناهما فى المزارعة شلبى (قوله بأن يكون العامل سارقا) الاولى خائنا كما فى التتمة قهستانى لان السرقة أخذ الشئ من حرزه وهو هنا مفقود والجواب عن المصنف يعلم بالتدبر وفى قول الشارح معروفا بالسرقة اشارة الى الجواب نعم الاعتراض على الشارح متوجه بالنسبة لقوله يخاف عليه سرقة الثمر (قوله يخاف عليه سرقة الثمر) أى يخاف على الثمر منه فصلة يخاف محذوفة لكن لا يخفى ما فى عبارته من الركاكة حموى (قوله او الغصن) اطلاقه شامل لغصن النخل وغيره والظاهر ان هذا بالنسبة للمعنى المصطلح عليه والا فالغصن فى اللغة خاص بغصن النخل فقط على ما يستفاد من عبارة الدرر نقلا عن المصباح ونصه السعف بالتحريك جمع سعفة وهى غصن النخل انتهى (تتمة) يحرم على العامل حرق شئ من الشجر والانتفاع بورقه كنسج الزنبيل والمراوح بلا اذن صاحب الكرم لان الكل ملكه كما انه يحرم عليه وضع شئ من الثمار للضيف بدون اذنه لانها مشتركة فلا يختص حتى لو اكل هو واهله بدون اذنه ضمن كما فى التتمة قهستانى (قوله فيه روايتان) يعنى فى كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما لا يكون عذرا لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفى الاخرى عذر وتأويله ان يشترط العمل بيده فاذا تركه كان عذرا اما اذا دفع اليه النخل على ان يعمل بنفسه وباجرائه فعليه ان يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا فى فسخ المعاملة (قوله وتأويل احداهما الخ) بينه وبين قوله فيه روايتان تدافع لانه بعد التأويل المذكور لا يكون ترك العمل عذرا بالاتفاق حيث لم يشترط عليه العمل بنفسه وهو مناف لقوله فيه روايتان (قوله فيكون عذرا من جهته) قال الاتقانى ولنا فيه نظر قال العلامة المقدسى لعل وجهه ان كون مجرد ترك العمل عذرا غير مقبول قال وتجرى الروايتان فى السفر والتأويل المذكور اجرى به حموى واقول الذى يظهر ان يقال وجه النظر ان التأويل المذكور يقتضى الاتفاق على ان ترك العمل يجعل عذرا ان اشترط عليه العمل بنفسه والاتفاق على انه لا يجعل عذرا ان لم يشترط عمله بنفسه وهذا اباه ما سبق من قوله فيه روايتان (تتمة) دفع ارضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة ليغرس فيها على ان تكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبلها وهو الارض فيكون جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثل عمله لانه فى معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض عناية ودرر والتقييد بقوله على ان تكون الارض والشجر

فالخيار لورثة العامل لا لورثة رب
الارض (وتفسخ بالعذر كالمزارعة
بان يكون العامل سارقا) معروفا
بالسرقة يخاف عليه سرقة الثمر أو
الغصن (أو مرضا لا يقدر على العمل
قبل الادراك) قيد به اذ بعد الادراك
انتهت ولا يمكن الفسخ ولو اراد العامل
الترك هل يكون عذرا فيه روايتان
وتأويل احداهما أن يشترط العمل
بيده فيكون عذرا من جهته

الخ يشير الى مانقله عزمى عن الخلاصة من انه اذا دفعها على ان مايحصل من الغراس والثمار يكون بينهما فهو جائز واعلم ان قيمة الغرس تعتبر يوم الغرس كما فى القهستانى لكن ذكر بعده عن المنتقى مانصه فان كان الغرس للعامل فالشجر له يؤمر بقلعه وعليه اجر مثل الارض انتهى

(كتاب الذبائح)

(قوله المناسبة بين الكتابين الخ) فيه نظر لان كتاب الذبائح لم يذكر مقترنا بكتاب المزارعة حتى تطلب المناسبة بينهما وانما هو مقترن بكتاب المساقاة فلو اقتصر على ماذكره آخرا كان صوابا حموى (قوله وهو تبذير البذر) أى القاؤه فالاضافة فيه من قبيل اضافة المصدر لمفعوله (قوله الاان الاول الخ) يشير بذلك الى نكتة التقديم وهو ان العام يكون قبل الخاص (قوله اسم لما يذبح) يشير بذلك الى ان تاء الذبيحة للنقل من الوصفية للاسمية حموى (قوله أى الذكاة الخ) وركنها الحيوان وشرطها اهلية الذبح وتقدم تسمية أى عدم ترك التسمية عمدا وقطع الاوداج وانهار الدم وحكمها حل المذبوح وسببها حاجة العبد واعلم ان الودج اثنان فقط والمراد الودجان والحلقوم والمرىء وانما قال الاوداج بطريق التغليب كما ورد فى الحديث افر الاوداج بماشئت وقوله افر بالفاء من افريت اذا قطعت والودجان مجرى الدم وهما العرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرىء وهما عرقان غليظان مكتنفان نقرة المنحر يمينا ويسارا حموى عن المصباح وسيأتى ان المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس وفى الدرر الحلقوم مجرى النفس والمرىء مجرى العلف وفى الهداية بالعكس أى فى بعض نسخ الهداية كما فى العناية والفرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فتكون كسرة الهمزة يعنى فى الحديث انسب لا يقال الاوداج دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما فى قوله تعالى لاتحل لك النساء لانا نقول شرط الانصراف الى الجنس ان يكون ماتحت الجمع افرادا حقيقة كالنساء والعبيد وماهنا ليس كذلك اذ هو جمع على طريق التغليب للحلقوم والمرىء والودجين فكان كل واحد منهما مرادا عند دخول الالف واللام ايضا بخلاف سائر الجموع عناية ونهاية (قوله وهى عروق الحلق) فيه نظر فانه يقتضى انه يسمى كل من المرىء والحلقوم ودجا حقيقة وليس كذلك بل عروق الحلق الودجان والمرىء والحلقوم حموى ويجاب بان ماذكره الشارح يبتنى على ارادة التغليب (قوله والثانى قطع الخ) يعنى عند العجز عن الاول لانه بدل عنه للضرورة حموى (قوله وحل ذبيحة مسلم الخ) اعلم ان الذكاة من الاهل تحل المأكول وتطهر غير نجس العين مما لا يؤكل درر واعلم ان ماطهر جلده بالدباغ طهر بالذكاة لحمه وجلده وان لم يكن مأكولا اما طهارة جلده فهو ظاهر المذهب كما فى البدائع وفى النهاية انه اختيار بعض المشايخ وقيده بعضهم بما اذا لم يكن سؤره نجسا واما طهارة لحمه اذا كان غير مأكول فمختلف فيه واختلف التصحيح أيضا وفى كثير من الكتب الذكاة انما توجب الطهارة فى الجلد واللحم اذا كانت من الاهل فى المحل وهو مابين اللبة واللحيين وقد سمى بحيث لو كان مأكولا يحل اكله فذبح المجوسى لا يوجب الطهارة لانه اماتة لكن نقل صاحب معراج الدراية عن المجتبى والقنية أن ذبح المجوسى وتارك التسمية عمدا يوجب الطهارة على الاصح كذا فى البحر من كتاب الطهارة فعلى الاصح لا يشترط لطهارة غير المأكول شئ من الشروط كالتسمية والاهلية بل يكتفى بمجرد خروج الدم المسفوح بلا فرق بين الذكاة الاختيارية والاضطرارية فما فى الدرر من قوله فى كتاب الصيد ويشترط لما يؤكل أمور بخلاف مالا يؤكل فان شيئا منها ليس بشرط فى جواز صيده مستقيم لا غبار عليه وما اعترض به فى الشرنبلالية من انه يشترط لحل الانتفاع بجلده مثلا التسمية والجرح وكون الجارح معلما ساقط وقد سبق منا التنبيه على ذلك وصاحب القنية هو صاحب المجتبى وهو الامام الزاهدى بحر من كتاب الطهارة (قوله وكتابى) وقول المستصفى هذا اذا لم يعتقد المسيح الها فان اعتقد

(كتاب الذبائح)
المناسبة بين الكتابين ان المزارعة
اتلاف موجود فى الحال وهو تبذير
البذر لتحصيل النفع فى المآل من
الخارج فكذا الذبح اتلاف
موجود فى الحال للانتفاع باللحم فى المآل
الا ان الاول سبب لحصول اقوات
الاناسى والبهائم وهذا سبب لحصول
غذاء بعض الحيوانات وكذا المساقاة
لتحصيل الثمرات كما ان الذبائح
لتحصيل اللحم (هى جمع ذبيحة وهى
اسم لما يذبح) كالذبح بالكسر
(والذبح) أى الذكاة اختيارى
واضطرارى والاول هو (قطع
الاوداج) وهى عروق الحلق فى المذبح
والثانى قطع أى موضع كان من
البدن (وحل ذبيحة مسلم وكتابى)
مطلقا سواء كان حربيا أو ذميا أو
عربيا أو تغلبيا وعند الشافعى لا يحل
لو كان تغلبيا ثم حل ذبيحة الكتابى
فيما اذا لم يذكر وقت الذبح مع اسم الله
تعالى عزيرا

فهو كالمجوسي مخالف لعامة الروايات ولظاهر قوله تعالى يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم مع قولهم المسيح ابن الله ولو ذبح الكتابي ما حرم عليه مثل كل ذي ظفر يحل عند الاكثر حموي والمتولد بين كتابي ومشرك يعتبر كتابيا لانه اخف زيلعي والاصل في حل ذبيحة الكتابي قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام تلحقه الذكاة من جهتهم لانه خصهم بالذكر أما ما لا تلحقه الذكاة كالسمك وغيره يستوي فيه الكتابي والمجوسي درر ويشترط لحل ذبح الكتابي صيدا أن يكون خارج الحرم شرنبلالية وسيأتي في كلام الشارح ما يفيده (قوله اواسم المسيح) لو قال عيسى لكان أولى لوجهين حموي قال شيخنا الاول منهما الاختصار والثاني ان المسيح لا يخص عيسى عليه السلام لانه يطلق أيضا على الدجال (قوله واخرس) لانه عاجز من الناسي درر (قوله واقلف) انما ذكره للاحتراز عن قول ابن عباس رضي الله عنهما شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز كما في العتابية وشمل اطلاقه ما لو ترك الختان لغير عذر كذا بخط شيخنا (قوله هذا اذا كان الذابح عاقلا) أي الصبي الذابح وكان الاولى ان يقول هذا اذا كان الصبي عاقلا حموي (قوله هو ان يعقل التسمية) أي لفظها قدم هذا في العناية وعطف عليه ما ذكره الشارح بقوله وقيل ان يعقل بأن الذبيحة انما تحل بالتسمية وفي مناهي حاشية الشرنبلالية فسر يعقل التسمية بأن يعقل لفظها قال وهو والذي ينبغي العمل به لان التسمية شرط فيشترط حصوله لا تحصيله فلا يتوقف الحل على علم الصبي ان الذبيحة انما تحل بالتسمية انتهى ومنه يعلم ان ما ذكره السيد الحموي من ان القول الاول غير منفك عن الثاني غير مسلم واعلم انه يتفرع على ان الشرط التلفظ بها وان لم يعلم توقف الحل عليها ما لو كان الذابح مجنونا كما في الدرر لكن فسره في النهاية بالمعتوه معللا بان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني اذا كان يعقل التسمية والذبح ويضبطه انتهى وقول الزيلعي ولو سمى ولم تحضره النية صح يشير الى انه لا حاجة الى تفسير المجنون بالمعتوه وأما اذا نوى بالتسمية شيئا آخر لا تحل لانه نوى غير ما أمر به شرنبلالية عن قاضيخان بقي ان يقال ينبغي تفسير المجنون في كلام صاحب الدرر بالمعتوه ليلتئم مع ما قبله حيث فسر يعقل التسمية بان يعلم ان حل الذبيحة يتعلق بذكر اسم الله تعالى عليها انتهى (قوله بان الذبيحة) الباء زائدة فان عقل يتعدى بنفسه حموي (قوله وقيل ان يعقل انها تحل بقطع الحلقوم والاوداج) فيه تأمل لان القيل الثالث غير منفك عن الثاني كما يفيده كلام شيخ الاسلام خواهرزاده حيث قال يريد يعني محمدا بقوله يعقل التسمية والذبح أي يعقل انه يباح بالتسمية ولا يباح بغيرها حموي ويعتبر كون الذبح عقيب التسمية قبل تبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو اكل لقمة او تحديد شفرة ثم ذبح تحل وان كان كثيرا لا تحل لان اتصال الذبح بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن الا بحرج عظيم فاقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطعه زيلعي والقليل ما يستقله الناظر لكن في الدر عن البزازية ذكر ان حد الشفرة يقطع فور التسمية فيخالف ما سبق عن الزيلعي حيث جعل حد الشفرة من العمل القليل (قوله لا مجوسي) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم عيني ولو شاركه مسلم في الذبح لا تؤكل وأما ذبيحة الصابئة فتؤكل عند الامام خلافا لهما واعلم ان الصابئة يقرون بادريس عليه السلام ويذعنون له بالنبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند أبي حنيفة انهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كاستقبال المؤمنين القبلة فقال بحل ذبائحهم ووقع عندهما انهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقاهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد وما اختاره أبو يوسف ومحمد أولى لانه عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة شرنبلالية (قوله ومرتد) الى أي دين ارتد وان كان أهل ذلك الدين ممن تؤكل ذبائحهم حموي لانه لا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه بخلاف يهودي تنصر أو بالعكس أو مجوسي تهود او تنصر لانه يقر على ما انتقل اليه فيعتبر ما هو عليه عند الذبح حتى لو تمجس يهودي لا تحل ذكاته بمنزلة

أواسم المسيح أما اذا ذكر ذلك فلا يحل
كما لا تحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت
الذبح غير اسم الله تعالى (و) حل
ذبيحة (صبي وامرأة وأخرس وأقلف)
هذا اذا كان الذابح عاقلا ضابطا
فالعاقل هو ان يعقل التسمية وقيل
أن يعقل بان الذبيحة انما تحل بالتسمية
وقيل ان يعقل انها تحل بقطع الحلقوم
والاوداج واما الضابط فان يضبط
شرائط الذبح من قطع الاوداج
ويحسن القيام به اما اذا لم يكن بهذه
الصفة لا تحل ذبيحته وان كان مسلما
بالغا (لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم)
أي لا يحل ما ذبحه المحرم من الصيد
مطلقا سواء كان ذبحه في الحل أو في
الحرم وكذا لا يحل ما ذبح في الحرم
من الصيد سواء كان الذابح حلالا أو
حراما

مالو كان مجوسيا في الاصل درر (قوله وتارك التسمية) لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق عيني (قوله حال كونه عمدا) أي حال كون الترك عمدا أو حال كون التارك عمدا وعمدا بمعنى الوصف أي عامدا حموي فعلى الاول تكون الحال من المفعول وعلى الثاني من الفاعل (قوله يحل في الوجهين) لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أولم يسم ولما تلونا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي فهذا القول منه خرق للاجماع وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمذهب ابن عمر أنه يحرم ومذهب على وابن عباس أنه يحل ولهذا قالوا متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي والاجماع فكان مردودا او نقول انه محمول على حالة النسيان عيني (قوله وقال مالك لا يحل فيهما) لما بينا ولنا قوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومشهور مذهبه كمذهبنا عيني (قوله واذا ضجع شاة وسمى الخ) يشير الى ان التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبيح وفي الصيد على الآلة وهي النشاب والكلب شلبي عن الغاية والاتقاني ووجه الفرق ان التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط التسمية عند فعل يقدر عليه زيلعي (قوله ولو رمى سهما الى صيد وسمى) وقع في بعض النسخ بدون قوله وسمى ولهذا قال السيد الحموي يعني وسمى (قوله ثم تركه وأخذ سكينا آخر) انما حل مع انه ذبح باخرى لتعلق التسمية بالمذبوح وهو لم يتبدل شلبي (قوله ثم ذبح أخرى بعدها الخ) بخلاف ما لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حيث يحل أكلهما زيلعي (قوله وظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل) من هنا يعلم انه لو ترك التسمية مع تذكره لجهله بأنها شرط الحل لا يحل خلافا لما في البزازية حيث ذكر انه في معنى الناسي ولهذا استشكله المقدسي (قوله ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره الخ) انما لا يجوز أكله لتعلق التسمية بالآلة وقد تبدلت شلبي (قوله وكره ان يذكر) بفتح الياء او ضمها على البناء للفاعل او المفعول حموي ووجه الكراهة وجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم وانما لم يحرم كما سيذكره الشارح لان الشركة لم توجد لعدم العطف فلم يكن الذبح واقعا له والشرط في التسمية الذكر الخالص عن شوب الدعاء وغيره فبقوله اللهم اغفر لي لا تحل لانه محض دعاء بخلاف الحمد لله أو سبحان الله بقصد التسمية فانه ذكر خالص فلو عطس فقال الحمد لله لا يحل لعدم قصد التسمية والمشهور والمتداول على الالسنة بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس درر وقال في التنوير والمستحب ان تقول بسم الله الله أكبر بلا واو وكره بها لانه يقطع فور التسمية كما عزاه الزيلعي للحلواني وقال قبله والمتداول المنقول عن النبي عليه الصلاة والسلام بالواو انتهى وما في الدرر من قوله فلو عطس فقال الحمد لله لا يحل أي في الاصح قال العيني ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة انتهى وقوله حيث يجزيه عن الخطبة قال الشيخ شاهين أي في احدى الروايتين والاصح عدم الاجزاء انتهى (تنبيه) لو قال بسم الله ولم تحضره النية أكل عند العامة وهو الصحيح ولو قال بسم الله ولم يظهر الهاء ان قصد ذكر الله حل وان لم يقصده وترك الهاء قصدا لا يحل لان في الوجه الاول قصد التسمية والعرب تحذف الحرف ترخيما وفي الوجه الثاني لم يقصد التسمية تجنيس وبزازيه واستشكله في الذخيرة بأن المنقول عن أئمة العرب ان الترخيم لا يجوز الا في النداء كذا في الشرنبلالية (قوله وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) أو قال تقبل مني للمشاركة عيني وأما بعد الذبح فلا بأس به لما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ درر وذكر في الدرر أيضا انه عليه السلام ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن أمته والاملح هو الذي فيه بياض يخالطه سواد كما في الصحاح (قوله قبل التسمية والاضجاع) يشير الى انه يكره أن يدعو بين التسمية قبل الذبح بالتقبل وغيره لان الواجب

(وتارك التسمية) أي لا تحل ذبيحة
تارك التسمية حال كونه (عمدا وحل
لو) كان الترك (ناسيا) وقال الشافعي
يحل في الوجهين وقال مالك لا يحل
فيهما والمسلم والكتابي في ترك التسمية
سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي أو الكلب
وعند الرمي واذا اضجع شاة وسمى ثم
تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية
عليها لا يحل ولو رمى سهما الى صيد
وسمى وأصاب صيدا آخر أو أخذ
سكينا وسمى ثم تركه وأخذ سكينا آخر
او ارسل كلبه الى صيد وسمى وترك
الكلب ذلك الصيد و أخذ غيره حل
ولو ذبح تلك الشاة ثم ذبح أخرى بعدها
فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل
ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا
لا يؤكل (وكره ان يذكر مع اسم الله
تعالى غيره) نحو ان يقول بسم الله محمد
رسول الله (وان يقول عند الذبح اللهم
تقبل من فلان وان قال) هذا القول
(قبل التسمية والاضجاع

تجريد

تجريد التسمية ولم يجردها شرنبلالية (قوله جاز بلا كراهة) علله العينى بقوله لما روى عنه عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد واستشكله الشيخ شاهين بأن ماذكره العينى من الدليل لا يلائم ماذكره المصنف حيث قال قبل التسمية انتهى قال شيخنا وصحة الكلام تتوقف على ماذكره الزيلعى بعد من قوله وكان عليه السلام يقول اذا أراد أن يذبح اللهم ان هذا منك ولك الى ان قال ثم ذبح انتهى (قوله بدل أو عطف بيان) فيه نظر لان البدل وعطف البيان لا يقترنان بعاطف على الصحيح نعم عطف البيان يقترن بأى التفسيرية وقيل يقترن وتكون الواو بمعنى أى حموى (قوله وذكر الامام التمرتاشى الخ) فان قلت فيه مخالفة لما هو الاوجه كما فى الزيلعى ونصه والاوجه ان لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجرى عليه قلت قال الشيخ الشلبى كذا فى جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر لان الكلام فيما اذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال بل لا يحرم مطلقا بدون العطف انتهى (قوله على سبيل العطف) فان كان بالجر لا يحل نحو باسم الله واسم فلان أو وفلان لانه أهل به لغير الله فلم يوجد التجريد وهو شرط درر (تتمة) قال الفقيه أبو الليث فى تفسير قوله تعالى وما أهل لغير الله به من سورة المائدة يعنى حرم عليكم كل ما ذبح لغير الله وأصل الاهلال رفع الصوت ومنه استهلال الصبى واهلال الحج وانما سمى الذبح اهلالا لانهم كانوا يرفعون الصوت عند الذبح بذكر آلهتهم فحرم الله تعالى ذلك انتهى (قوله وان كان بالرفع يحل) لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف لكن يكره لوجود الوصل صورة (قوله وان كان بالنصب اختلفوا فيه) جزم فى الدرر عن غاية البيان بالحرمة قال الوانى والفرق ان فى صورة الرفع يكون محمد مبتدأ ومابعده خبرا فيكون كلاما منقطعا عما قبله بخلاف الآخرين (قوله بين الحلق واللبة) بين بمعنى فى أى والذبح فى الحلق واللبة شرنبلالية والحلق هو المنحر كما سيذكره الشارح واللبة رأس الصدر (قوله وهو المنحر من الصدر) أى الحلق هو المنحر من الصدر الى اللحيين (قوله وفى الجامع الصغير الخ) أتى بلفظ الجامع لان فيه بيانا ليس فى رواية القدورى لان رواية القدورى الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فحمل على مايدل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة مابين اللبة واللحيين وهو يقتضى جواز الذبح فوق الحلق أى اعلاه قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين عناية (قوله وفى ذبائح الذخيرة الى قوله لا يحل) لانه ذبح فى غير المذبح ومال اليه الزيلعى وفى الدرر حكى عدم الجواز بقيل على عكس مافى المواهب حيث قال يتعين الذبح بين الحلق واللبة تحت العقدة وقيل مطلقا وكذا قال ابن كمال باشا لم يجز فوق العقدة وافتى بعضهم بالجواز قال فى الشرنبلالية ونقل صاحب الهداية فى التجنيس والمزيد ماقاله الزيلعى عن الواقعات ولم يذكر ما يخالفه (قوله فقطع اعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم اكلها) مخالف لظاهر الحديث (قوله الرستغفنى) بضم الراء وسكون السين المهملة وفتح التاء من فوق وسكون الغين المعجمة وفى آخره نون بعد الفاء نسبة الى قرية من قرى سمرقند كذا بخط شيخنا من طبقات عبد القادر (قوله هذا قول العوام) بتشديد الميم جمع عامة لا جمع عامى حموى (قوله سواء بقيت العقدة الخ) استشكله الزيلعى بانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرىء وأصحابنا وان اشترطوا قطع الاكثر فلابد من قطع أحدهما عند الكل واذا لم يبق شئ من عقدة الحلقوم مما يلى الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفى الواقعات لو قطع الاعلى او الاسفل ثم علم فقطع مرة اخرى الحلقوم قبل ان يموت بالاول ينظران قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثانى والا حل الخ وأقول ماذكره الزيلعى من القول بالحرمة غير مرضى وان كان موافقا لما فى الواقعات وفتاوى أهل سمرقند ولهذا قال العلامة المقدسى قوله لم يحصل قطع واحد منهما ممنوع بل خلاف الواقع لان المراد بقطعهما فصلهما عن الرأس او عن الاتصال باللبة ولا يشترط فى ذلك ان يكون فى وسط الحلقوم بحيث يكون بعض العقدة من جانب الرأس وبعضها من جانب الصدر وهذا يوافق اطلاق امام المذهب المذكور فى الجامع وفتوى الائمة قال فى الحافظية

قوله وان جاز) بلا كراهة ويجوز أن يكون قوله وان يذكر الى يقول بدل او عطف بيان لقوله ان يذكر آخره يدل عليه قوله فى الكافى ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره كقوله عند الذبح اللهم تقبل من فلان واعلم ان هذا على ثلاثة اوجه احدها ان يذكره موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة نحو ان يقول باسم الله محمد رسول الله لانه قال بالرفع يحل وان قال بالجر لا يحل كذا ذكر فى النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد انه لا يرى الخطأ فى النحو معتبرا فى الصلاة ونحوها لا تحرم الذبيحة كذا فى الذخيرة وذكر الامام التمرتاشى ان ذكر غير اسم الله تعالى موصولا لا بغير عطف يحل سواء كان بالنصب او بالرفع او بالجر وثانيها ان يذكر موصولا على سبيل العطف فان كان بالجر لا يحل وان كان بالرفع يحل وان كان بالنصب اختلفوا فيه كذا فى شرح السيد للهداية وثالثها ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا بأس به (والذبح) يكون (بين الحلق واللبة) وهو المنحر من الصدر وهو رواية المبسوط وفى الجامع الصغير لا بأس بالذبح فى الحلق كله وسطه واعلاه واسفله وفى ذبائح الذخيرة فان الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم او اسفل منه لا يحل وفى فتاوى أهل سمرقند قصاب ذبح شاة فى ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها اذ ذكر فى فوائد الامام الرستغفنى رحمه الله سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلى الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلى الرأس أتؤكل اولا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلى الرأس او مما يلى الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد كذا فى شرح السيد للهداية

وكيف يصح القول بعدم الحل على قول الامام وقد قال يكتفى بقطع الثلاث من الاربع أى ثلاث كان فيجوز على هذا ترك الحلقوم أصلا فبالاولى اذا قطع من أعلاه وكذا العلامة الشلبى امال فى رد القول بالحرمة على وجه التشنيع بالعز والى الاتقانى الى ان قال وهو أى ماذكره الاتقانى صريح فى مخالفة ماذهب اليه الزيلعى وكذا العلامة الحموى ذكر مانصه وفى النهاية سئل الرستغفنى عمن ترك عقدة الحلقوم ممايلى الصدر فقال هذا قول العوام وليس بمعتبر الى ان قال وكان شيخه أى شيخ صاحب النهاية يفتى به وكذا العلامة العينى لم يقل بقول الزيلعى مع حرصه على متابعته بل اقتصر على ماذكره فى الغاية حيث قال وهذا يعنى ماذكره الرستغفنى من الجواز صحيح لانه لا اعتبار لكون العقدة من فوق اومن تحت الى ان قال ولم يلتفت الى العقدة لافى كلام الله ولافى كلام رسوله الخ وكذا الشيخ اكمل الدين فى العناية ذكر ان الحديث دليل ظاهر للامام الرستغفنى قال ورواية المبسوط أيضا تساعده (قوله والمرىء) وزان كريم رأس المعدة والكرش اللازق بالحلقوم وهو مهموز وجمعه مرؤ بضمتين كبريد وبرود وذكر العينى ان غير الفراء لايهمزه (قوله والحلقوم) وهو مجرى النفس على الصحيح كما فى الدر وهذا التصحيح يشعر به كلام الشارح حيث حكى مابعده بقيل فالحلقوم هو الحلق كما فى الاختيار (قوله وقال الشافعى ان قطع الحلقوم الخ) لانه لايبقى حيا بعد قطع الحلقوم والمرىء ولنا قوله عليه السلام افر الاوداج بماشئت ديرى (قوله ولكن قطع الثلاث الخ) هو الصحيح سواء كانت الثلاثة الحلقوم والمرىء واحد الودجين أو الودجين واحدهما كذا بخط شيخنا (قوله وهو قول أبي يوسف اولا) وذكر الاتقانى رواية ثالثة عن أبي يوسف وهو انه يشترط قطع الحلقوم مع آخرين حموى (قوله وعنه انه يشترط الخ) لان كلا من الحلقوم والمرىء مخالف للآخر فلابد من قطعهما وأما الودجان فالمقصود من قطعهما انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر ابن فرشته (قوله وعن محمد لابد من قطع اكثر كل واحد الخ) وعنه أيضا اذا قطع الحلقوم والمرىء والاكثر من كل الودجين يحل ومالا فلا وهو الاصح حموى عن الخلاصة والبزازية والذخيرة واعلم ان وجه الاستدلال لابى حنيفة ومحمد ماذكره الزيلعى من ان الاكثر يقوم مقام الكل غيران محمدا اعتبر اكثر كل واحد لان كل واحد أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه وأبو حنيفة يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل وأى ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وماهو المقصود منه يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوحية فى اخراج الروح لانه لايحيا بعد قطع المرىء والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالاكثر أيها كانت فلاحاجة الى اشتراط قطع المعين منها كذا فى الزيلعى والتوحية التعجيل فى اخراج الروح لانه لايحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام وحصل بهذا جواب أبي يوسف وبقوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين جواب مالك عناية وقال فى النهاية ووحاه توحية أى عجله والتوحية تفعلة من الوحى بالقصر وهو السرعة ومنه موت وحى ضبطه شيخنا بالقلم بكسر الحاء وتشديد الياء وذكاة وحى ووحى الذبيحة اذا ذبحها وحيا ولايقال أوحى انتهى فان قلت كيف يستقيم قول الزيلعى فلاحاجة الى اشتراط قطع المعين منها مع تعبيره بالواو فى قوله لانه لايحيا بعد قطع المرىء والحلقوم قلت الواو بمعنى أو ولاينافيه قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين نعم لوقال بقطع الودجين اواحدهما لكان اظهر (قوله وقال مالك يشترط قطع الكل) كذا فى الزيلعى والهداية قال الديرى وفى المختلف وعند مالك المعتبر قطع الودجين فتبين ان عن مالك روايتين انتهى قلت عزا العينى لمالك أنه كان يقول بما عن محمد لابد من قطع الاكثر من كل فرد الخ وعليه فيكون لمالك ثلاث روايات (قوله ولو بظفر الخ) واصل بما قبله عينى (قوله ولكنه يكره الخ) لان فيه زيادة الالم زيلعى (قوله يكره هذا الذبح) فى قصر الكراهة على الذبح اشارة الى ان الاكل لايكره وبه صرح فى الشرنبلالية عن العناية والاختيار (قوله وقال الشافعى الخ) لقوله عليه الصلاة السلام كل ما أنهر الدم وافرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم أى اسله ويروى

افر

(والذبح المرىء) وهو مجرى الطعام والماء وقيل مجرى النفس (والحلقوم) وهو مجرى النفس وقيل مجرى العلف (والودجان) وهما مجرى الدم وقال الشافعى ان قطع الحلقوم والمرىء يحل وان لم يقطع الودجين (و) لكن (قطع الثلاث) منها (كاف) مطلقا عند ابى حنيفة وهو قول ابى يوسف اولا وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمرىء واحد الودجين وعن محمد انه لابد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابى حنيفة وقال مالك يشترط قطع الكل (ولو بظفر) أى قطع الثلاث كاف ولو بظفر (وقرن وعظم وسن منزوع) ولكنه يكره هذا الذبح وقال الشافعى المذبوح بها ميتة قوله منزوع متعلق بكل واحد

افرالاوداج بما شئت ولان المنزوع آلة جارحة وانما كره لعدم احسان الذبح ولم يجز بغير المنزوع لاحتمال حصول الموت بالثقل ومارواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهار للجلد عيني وشرح الحموى ومدى بضم الميم وكسرها والالف المقصورة جمع مدية وهى بتثليث الميم وسكون الدال الشفرة وجمعها مدى ومدى انتهى (قوله وليطه) بكسر اللام عناية (قوله وكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة) لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل فعل ذلك لقد أردت ان تميتها موتات هلا أحددتها قبل ان تضجعها زيلعى فان قلت هذا انما يتم ان لو علمت انه انما يحد الشفرة للذبح وهى لا تعلم ذلك لانه لاعقل لها قلت ذكر فى المبسوط انها تعرف ما يراد بها كما جاء فى الخبر فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه الخ ماذكره السغناقى فى النهاية والشفرة بفتح الشين وسكون الفاء السكين العظيم كما ذكره نوح أفندى وقال المناوى على الشمائل الشفرة كطلحة السكين العريض العظيم وجمعه شفار ككلابة وكلاب وشفرات مثل سجدة وسجدات (قوله وكره النخع) بسكون الخاء (قوله وقيل ان يمد رأسه الخ) اعلم انه لاخلاف فى كراهة كل من هذه الاقاويل لما فيه من زيادة الايلام وانما الخلاف فى تعيين أحدها وانه هو المراد بالنخع ولذا قال الزيلعى وكل ذلك مكروه لان فى جميع ذلك تعذيب الحيوان بلا فائدة (قوله والنخاع عرق أبيض) فى شرح البخارى للكرمانى النخاع بفتح النون وضمها وكسرها خيط ابيض يكون داخل عظم الرقبة ممتدا الى الصلب حتى يبلغ عجب الذنب حموى ويكره الجر برجلها الى المذبح وسلخها قبل ان تبرد وترك التوجه الى القبلة وتؤكل ويكره ذبحها من القفا وتحل اذا بقيت حية حتى تقطع العروق وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل زيلعى وقوله وترك التوجه الخ الاولى التوجيه (تتمة) اختلف ان النار اذا وضعت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين هل تقع الذكاة بها فتؤكل اولا ففى البزازية قال بالحل ويخالفه ما فى الخلاصة حموى (قوله وذبح صيد استأنس) بصيغة الفعل المبنى للمجهول والجملة مستأنفة وقراءته بصيغة المصدر وجعل الخبر محذوفا تقديره يؤكل تكلف لاداعى اليه حموى (قوله وجرح نعم توحش الخ) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار والعجز موجود فى الثانى لا الاول واطلاق التوحش يعم الشاة وهو مسلم بالنسبة لخارج المصر وأما فى المصر اذا ندت الشاة فانها لا تحل بالعقر لانه يمكن أخذها فى المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار بخلاف غير الشاة حيث لا يختلف بين المصر وخارجه واعلم انه لا يشترط للذكاة الاضطرارية تعذر الاختيارية بل يكفى التعسر ذكره العلامة الشرنبلالى أخذا مما فى منية المفتى حيث قال بعيرا وثور ند فى المصر ان علم صاحبه انه لا يقدر على أخذه الا ان يجتمع جماعة كثيرة فله ان يرميه انتهى . (تتمة) دجاجة تعلقت بشجرة وصاحبها لا يصل اليها فان خاف الموت عليها فرماها أكلت والا فلا شرنبلالية عن قاضيخان (قوله او تردى فى بئر) أى وعلم موته بالجرح او اشكل لان الظاهر ان الموت منه وان علم انه لم يمت من الجرح لا يؤكل شرنبلالية عن التبيين (قوله ووقع العجز عن ذكاة الاختيار) كذا فى نسختنا وفى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وجد فيها لفظ وقع بدون الواو فلهذا قال حق العبارة لوقوع العجز وأما على ما فى نسختنا فلا حاجة الى ما ذكره (قوله وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم) لموافقة السنة المتواترة وقال تعالى ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة وقال وفديناه بذبح عظيم أى بكبش وقال فصل لربك وانحر أى انحر الجزور زيلعى لا تفسير الذبح بالكبش فانه من تكملة الديرى وتعبير المصنف بالسنية مخالف لما فى الهداية حيث عبر بالاستحباب وتبعه صاحب الدرر فقال ندب نحر الابل وكره ذبحها عكس البقر والغنم قال فى الشرنبلالية ولعل مراد صاحب الهداية السنة لا المستحب الاصطلاحى بدليل ما ذكر من التعليل حيث قال أما الاستحباب فلموافقة السنة المتواترة فلا مخالفة بينه وبين الكنز انتهى واعلم ان النعام والاوز كالابل ينحر والضابط كل ماله عنق طويل ينحر شرح الكنز للابيارى وفى المضمرات السنة أن ينحر البعير قائما وتذبح الشاة أو البقرة مضطجعة

(وليطة) وهى قشر القصب (ومروة) وهى حجر رقيق أبيض كالسكين يذبح بها (وما أنهر) أى اسال (الدم الا سنا وظفرا قائمين) غير منزوعين (وندب حد الشفرة) وكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة (وكره النخع) وهو ان يبلغ بالسكين النخاع وتؤكل ذبيحته وقيل ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب والنخاع عرق أبيض فى جوف عظم الرقبة ممتد الى الصلب (و) كره (قطع الرأس والذبح من القفا) هذا اذا بقيت حية ثم قطع أكثر العروق وان ماتت قبل قطع أكثر العروق لا يحل (وذبح صيد استأنس) فلا يحل بذكاة الاضطرار وهو الجرح والعقر (وجرح نعم توحش او تردى) أى سقط (فى بئر) ووقع العجز عن ذكاة الاختيار وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين (وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم

وفى النتف آداب الذبح أن يضجع برفق على اليسار ويوجهه الى القبلة و يذبح باليمين قهستانى (قوله وكره عكسه وحل) أما الكراهة فلترك السنة وأما الحل فلحصول المقصود وهو تسييل الدم زيلعى و ينبغى أن تكون كراهة تنزيه دبرى (قوله خلافا لمالك) المشهور من مذهبه انه ان كان لضرورة فلا بأس بأكله والا كره اكله دبرى (قوله ولم يتذك جنين الخ) الجنين اسم للولد ما دام فى بطن امه (قوله مطلقا) هذا الاطلاق فى مقابلة ما سيأتى عن الصاحبين والامام الشافعى (قوله اشعر أولم يشعر) معناه نبت شعره مثل اعشب المكان عناية ولو أبدله الشارح بقوله تم خلقه أولم يتم لكان انسب بما سيجىء من قوله وقالا والشافعى اذا تم خلقه اكل والا فلا (قوله وقالا والشافعى الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه وحمله الامام على التشبيه أى كذكاة امه بدليل انه روى بالنصب زيلعى

(فصـــــــل فيما يحل وفيما لا يحل) لما فرغ من أحكام الذبائح شرع فى بيان ما يؤكل اذ القصد من الذبح التوسل الى الاكل حموى (قوله لا يؤكل ذو ناب) لما ورد عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطيور عينى ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم اكراما لبنى آدم زيلعى (قوله ومخلب) مفعل وهو الظفر من الخلب وهو مزق الجلد عينى (قوله من السبع) بفتحتين وسكون الباء وضمها قهستانى (قوله الاول بالاول) أى متعلق بالاول حموى (قوله والمراد بالناب الخ) صواب العبارة بذى الناب حموى (قوله ماله سلاح منهما الخ) يشير الى انه ليس المراد كل ماله ناب ومخلب بل خصوص ماله سلاح يفترس به و ينتهب للاحتراز عن نحو البعير والحمامة فالحمامة ونحوها لها مخلب والبعير ونحوه له ناب مع انهما يحلان دبرى (قوله والسبع) يعنى من البهائم والطير بدليل التفسير الذى ذكره وهو قوله كل مختطف منتهب والاختطاف بمعنى الخطف والانتهاب بمعنى النهب لان الاختطاف من فعل الطير والانتهاب من فعل سباع البهائم قال الشلبى فلما كان السبع شاملا لهذين النوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادى من عدا عليه عدوانا (قوله الاسد) الاولى أن يقول كالاسد حموى (قوله والنمر) سبع اخبث واجرأ من الاسد ويجوز التخفيف بكسر النون وسكون الميم (قوله واليربوع) يفعول دويبة نحو الفارة لكن ذنبه واذناه أطول منها ورجلاه أطول من يده عكس الزرافة والجمع يرابيع والعامة تقول جربوع بالجيم (قوله والفنك) دويبة يؤخذ منها الفرو وقال ابن البيطار انه أطيب من جميع الفراء يجلب كثيرا من بلاد الصقالبة و يشبه أن يكون فى لحمه حلاوة أبرد من السمور وأعدل وأحر من السنجاب يصلح للابدان المعتدلة دميرى (قوله والدلق) بالتحريك فارسى معرب وهى دويبة تقرب من السنور وقال القزوينى انه حيوان وحشى عدو الحمام اذا دخل البرج لا يترك واحدا تنقطع الثعابين عند صوته دميرى (قوله وكل ما لادم له) جملة مستأنفة وكان موضع ذكرها عند قول المصنف والزنبور والسلحفاة حموى (قوله وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث وكذا الهدهد والخطاف والقمرى والسودانى والزرزور والعصافير وكذا البوم شرنبلالية وقال القهستانى والبوم فى رواية عن أبى يوسف كما فى العتابى واللقلق والطاوس كما فى المضمرات وذكر فى النظم انه يكره العقاب واللقلق الخ (قوله لا الابقع) لانه ملحق بالخبائث لان لحمه ينبت من الحرام عينى والاكل والخبيث ما تستخبثه الطباع السليمة در (قوله ولا بأس بأكل العقعق) وهو الاصح عينى لانه يجمع بين الحب والجيف فكان كالدجاج وقد اكلها عليه الصلاة والسلام وهى قد تخلط نهاية (قوله وهو الغداف) أى العقعق هو الغداف الخ وجمعه غدفان (قوله والفاختة تؤكل) فى القهستانى عن النظم تكره الفاختة وهى واحدة الفواخت من ذوات الاطواق زعموا ان الحيات تهرب من صوتها وهى عراقية ليست حجازية وفيها فصاحة وحسن صوت وفى طبعها الانس بالناس تعيش فى الدور والعرب تصفها بالكذب فان صوتها عندهم هذا أوان الرطب وتقول ذلك

وكره عكسه) أى ذبح الابل ونحر الغنم والبقر (و) لكن (حل) خلافا لمالك النحر قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق فى أعلى العنق تحت اللحيين (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) مطلقا حتى لو نحر ناقة اوذبح بقرة اوشاة فخرج من بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين عند ابى حنيفة وزفر والحسن ابن زياد اشعر اولم يشعر وقالا والشافعى اذا تم خلقه اكل والا فلا

(فصــل فيما يحل ومالا يحل لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير) فيه لف ونشر الاول بالاول والثانى بالثانى والمراد بالناب والمخلب ماله سلاح منهما بأن يصيد بهما والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور البرى والاهلى والفيل وسباع الهوام الضب واليربوع وابن عرس والسنجاب والفنك والسمور والدلق والهوام التى سكناها فى الارض كالفارة والوزغة والقنفذ والحيات وجميع هوام الارض الا الارنب وذو المخلب من الطيور كالصقر والبازى وما اشبه ذلك وكل مالادم له كالزنبور ونحوه لا يؤكل الا السمك والجراد (وحل غراب الزرع) وهو ما لا يأكل الجيف أصلا (لا الابقع الذى يأكل الجيف) وهو الذى فيه سواد وبياض والابقع فى الطير كالابلق فى الدواب ولا بأس بأكل العقعق كذا فى الكافى وفى شرح السيد للهداية وأما الغراب الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وأنه لا يكره ونوع منه لا يأكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يخلط الجيف بالحب ويأكل الحب مرة والجيف مرة اخرى وأنه غير مكروه عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف يكره وهو الغداف وهو غراب أسود ضخم وافى الجناحين والفاختة تؤكل

فى غير أوانه ولهذا قال الشاعرا كذب من فاختة وهذا الطائر يعمر وقد ظهر منه ما عاش خمسا وعشرين
سنة ومنه ما عاش أربعين سنة يحل أكلها وبيعها اتفاقا دميرى (قوله وكذا الدبسى) بضم الدال طائر صغير
منسوب الى دبس الرطب والادبس من الخيل والطير الذى فى لونه غبرة بين السواد والحمرة وهذا النوع
قسم من الحمام البرى وهو أصناف مصرى وحجازى وعراقى وهى متقاربة لكن أنفرها المصرى
دميرى (قوله وأما الخفاش) نقل فى الشرنبلالية عن البزازية انه لا يؤكل لانه ذو ناب وقال العينى
فى مختصر الظهيرية اختلاف فى أكل الخفاش ولا يؤكل الشقراق وهو طائر أخضر يخالطه قليل حمرة
يصول على كل شئ الخ والخفاش هو الوطواط (قوله ولا يؤكل الضبع) بضم الباء وسكونها قهستانى اسم
للانثى ويقال للذكر ضبعان بكسر أوله وسكون ثانيه ومن عجيب أمره انه يحيض ويكون ذكرا سنة وأنثى
أخرى شرح الكنز للابيارى وانما لا يجوز أكله لانه ذو ناب ومثله الثعلب وأما الضب فلنهى النبى صلى
الله عليه وسلم وما روى ان الضب أكل على مائدة النبى عليه الصلاة والسلام وفى الآكلين ابو بكر أجيب
عنه بأن الحاظر مقدم على المبيح أو محمول على ما قبل التحريم والطحاوى رجح اباحة أكل الضب ديرى
(قوله وقال الشافعى يؤكل الضبع الخ) عبارة العينى وعند الثلاثة (قوله والضب والثعلب) كذا
اليربوع حلال عنده قهستانى (قوله ولا يؤكل الزنبور) لانه من الخبائث والزنبور ذباب السباع
(قوله والسلحفاة) برية أو بحرية عينى وهى بكسر السين وفتح اللام ينفع دمها ومرارتها المصروع
والتلطخ بدمها المفاصل (قوله خلافا لمالك) نظر فيه بعضهم بما فى متن الشيخ خليل المالكى من
ان الحمار لا يؤكل ولو وحشيا وهو مخالف لما نقله السيد الحموى عن ابن الجلاب المالكى البصرى فى كتاب
التفريع حيث قال ولا بأس بأكل الحمر الوحشية ولا تؤكل الحمر الاهلية ولا البغل ويكره أكل الخيل
انتهى فيكون لمالك قولان (قوله ولا يؤكل البغل مطلقا عند ابى حنيفة) سواء كانت أمه فرسا
أو اتانا فهو فى مقابلة التفصيل الآتى عندهما على احد القولين وأما الذى أمه بقرة فحلال بالاتفاق
(قوله وعندهما ان نزا الفرس على الاتان يكره الخ) حاصله انه ان كانت أمه اتانا يكره اتفاقا وكذا ان
كانت فرسا عند الامام واختلفوا على قولهما (قوله قيل يكره) وقيل لا كما لو نزا وحشى على اهلى
فنتج والاصح انه لا يؤكل لشبهة فيه ألا ترى ان الكلب اذا نزا على شاة فنتجت لا يؤكل حموى عن
الفوائد التاجية لكن فى القهستانى عن النظم الشاة لو حملت من كلب ورأس ولدها كرأس الكلب
أكل الا رأسه ان أكل العلف دون اللحم أو صاح صياح الغنم لا الكلب أو اتى بالصوتين وكان له الكرش
لا الامعاء انتهى (قوله ولا تؤكل الخيل) اختلفوا على قول ابى حنيفة فى الكراهة والاصح التحريم
روى ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة اذا قلت فى شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم عينى مع هداية
وعناية لكن علل فى الدرر لما قيل انها للتنزيه بقوله لان الكراهة لمعنى الكرامة كيلا يحصل
باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سؤره طاهرا وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح كذا ذكره فخر الاسلام
وابو المعين فى جامعيهما الخ قلت فعلى ما فى الدرر من ترجيح كون الكراهة للتنزيه يرتفع الخلاف بين
الامام والصاحبين لانهما وان قالا بالحل لكن مع كراهة التنزيه على ما يستفاد من قول الشارح
وعندهما وعند الشافعى لا بأس بأكله وبه صرح فى الشرنبلالية عن البرهان على انه فى الدر نقل
عن العمادية ان الفتوى على ما قيل من ان ابا حنيفة رجع عن القول بالحرمة قبل موته بثلاثة أيام واعلم
ان منشأ اختلاف المشايخ فى كون الكراهة للتنزيه أو للتحريم اختلاف اللفظ المروى عن الامام
كما فى الشرنبلالية فانه روى عنه أنه قال رخص بعض العلماء فى لحم الخيل فاما انا فلا يعجبنى اكله وهذا
يلوح الى التنزيه وروى أنه قال اكرهه وهو يدل على التحريم (قوله وقيل لا بأس بلبنه) اذ ليس فى شربه
تقليل آلة الجهاد درر والعامة على انه مكروه تحريما عند الامام كذا بخط شيخنا (قوله وحل الارنب)
لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه بالاكل حين اهدى اليه مشويا وروى انه كان امرأة لا تغتسل من

قوله والتلطخ الخ عبارة الدميرى واذا
اطليت الايدى والاقدام بدمها نفع
من وجع المفاصل انتهت

وكذا الدبسى بضم الدال والانثى دبسة
وبالفارسية موسجه وكذا الخطاف
واما الخفاش فقد ذكر فى بعض
المواضع انه يؤكل وفى بعضها انه
لا يؤكل الى هنا كلامه (و) لا يؤكل
(الضبع والضب) وقال الشافعى
يؤكل الضبع والضب والثعلب
(و) لا يؤكل (الزنبور والسلحفاة
والحشرات) وهى صغار دواب
الارض ولما كان السلحفاة من اخبث
حشرات الارض خصه بالذكر وان كان
داخلا فى الحشرات (ولا تؤكل)
(الحمر الاهلية) خلافا لمالك والوحشية
تؤكل (ولا) يؤكل (البغل) مطلقا
عند ابى حنيفة وعندهما ان نزا
الفرس على الاتان يكره وان نزا الحمار
على الرمكة قيل يكره وقيل لا كذا فى
الحواشى نقلا عن الشمنى (و) لا تؤكل
(الخيل) عند ابى حنيفة ومالك
وعندهما وعند الشافعى لا بأس
بأكله وسؤره طاهر فى ظاهر الرواية
وهو الصحيح وروى الحسن عن ابى
حنيفة الكراهة فى سؤره كما فى لبنه
وقيل لا بأس بلبنه (وحل الارنب)

الحيض فيه بحث قهستاني عن الكرماني وأما الوبر بتسكين الباء كما في الصحاح فقال أبو يوسف لا احفظ فيه شيئا عن أبي حنيفة وهو عندي مثل الارنب وهو يعتلف البقول والنبات وهو دويبة أصغر من السنور كحلاء العين لا ذنب لها تدخل في البيوت وتجمع على وبار عيني بكسر الواو (قوله وذبح ما لا يوكل الخ) كذا الحكم في الصيد قاله في الدرر وبالصيد يطهر لحم غير نجس العين لانه ذكاة حكما (قوله يطهر لحمه) الراجح خلافه كما تقدم في الطهارة وقال العيني وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل والجلد يطهر هو الصحيح قال في الدراية واختلفوا في ان الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح او الذبح مع التسمية قيل مجرد الذبح لانه مؤثر في اسالة الدم المسفوح وقيل الذبح مع التسمية لان المطهر هو الذكاة ولا ذكاة بدون التسمية حموى (قوله الا الآدمي) فانه لا يطهر بالذبح بل هو طاهر بدونه لكرامته بخلاف غيره مما لا يؤكل لحمه غير الخنزير فان طهارته بالذبح هكذا يجب ان يفهم وان كان ظاهر الاستثناء يفيد خلاف ذلك حموى (قوله الا السمك اذا مات بآفة) ولو متولدا في ماء نجس درعن الوهبانية وقال في البزازية ولو أرسل السمك في الماء النجس فكبر فيه لا بأس بأكله للحال واستشكله في الشرنبلالية فقال فلينظر الفرق بينه وبين الجلالة انتهى ولعل الفرق ان الجلالة يكتسب لحمها من النجاسة بواسطة الدم أكثر مما يكتسبه السمك منها لعدم الدم فافترقا شيخ عبد الحي وخص صاحب الدرر الجريث والمارماهي بالذكر اشارة الى ضعف ما نقل في المغرب عن محمد من استثنائهما وفي غاية البيان ان بعض الروافض وأهل الكتاب يكرهون أكل الجريث ويقولون انه كان ديوثا يدعو الناس الى حليلته فمسخ به وفي المغرب قولهم الجريث من الممسوخات باطل لان ما مسخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام كذا بخط شيخنا عن مناهي صاحب الدرر والديوث بفتح الدال المشددة وبتشديد الياء أيضا كذا ضبطه شيخنا بالقلم هو القنذع وهو الذي لا غيرة له كما في الصحاح والقنذع ضبطه شيخنا أيضا بالقلم بضم القاف وتسكين النون ويجوز في الذال المعجمة الفتح والضم معا وآخره عين مهملة والمارماهي هو الذي في صورة الحية والجريث سمكة سوداء قاله العيني وقال الوانى الجريث بكسر الجيم والراء وتشديدها نوع من السمك مدور كالترس انتهى (قوله وقال مالك والشافعي وجماعة الخ) منهم عبد الرحمن بن أبي ليلى درر (قوله يؤكل جميع حيوان البحر) حتى الجريث والسباع والكلب والانسان لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى النبي عليه الصلاة والسلام عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع وعن بيع السرطان والصيد في الآية محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة المذكورة في الحديث محمولة على السمك وهو مستثنى لقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فتتناول البري والبحري زيلعي والطحال بكسر الطاء كذا بخط شيخنا (قوله واستثنى بعضهم الخ) أي بعض المالكية على ما يفهم من سياق كلام الزيلعي ولا يصح ان يراد به بعض الحنفية لان المائي بسائر أنواعه غير مأكول عندنا ما عدا السمك فلا يصح الاستثناء ثم رايت في الدرر التصريح بقوله واستثنى بعض المالكية كلب الماء وخنزيره وانسانه (قوله والخلاف في البيع والاكل واحد) قال الزيلعي وينبغي ان يجوز بيعه بالاجماع لطهارته حموى (قوله وقالا أيضا) أي مالك والشافعي لا بأس بأكل الطافي لان ميتة البحر حلال للحديث ولنا قوله عليه السلام ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا ولا دليل لهما فيما روى لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بمرض أو نحوه زيلعي وقوله ما نضب عنه الماء أي ذهب شلبي (قوله وهو الذي مات في الماء حتف أنفه) أي وعلاه منقلبا على ظهره فان كان ظهره من فوق فليس بطاف فيؤكل كما يؤكل ما في بطن الطافي درعن الوهبانية (قوله حتف أنفه) الحتف الموت والجمع حتوف ومات فلان حتف أنفه اذا مات من غير قتل ولا ضرب ولا يبنى منه

قوله وخص صاحب الدرر الخ عبارته مع متنه ومنه أي من السمك المأكول الجريث والمارماهي خصهما بالذكر اشارة الى ضعف ما نقل في المغرب عن محمد ان جميع السمك حلال غير الجريث والمارماهي انتهت

وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ما لا يؤكل (ولا) يؤكل (مائي الا السمك) حال كونه (غير طاف) والمراد به مائي المولد والمعاش دون أحدهما كبعض الطيور فانه يؤكل وقال مالك والشافعي وجماعة يؤكل جميع حيوان البحر واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان والخلاف في البيع والاكل واحد وقالا أيضا لا بأس بأكل السمك الطافي وهو الذي مات في الماء حتف أنفه فعلا وظهر الطافي اسم فاعل من طفا الذي يعلو فوق الماء يطفو طفوا اذا علا وروى هشام عن محمد انه اذا انحسر الماء عن بعضه

فعل وخص أنفه لان روحه تخرج من أنفه بتتابع نفسه أولانهم كانوا يتخيلون ان المريض تخرج
روحه من أنفه والجريح من جراحته شيخنا عن المختار والقاموس (قوله فان كان رأسه فى الماء فمات
لا يؤكل) لموته بغير آفة (قوله وان كان الماء انحسر عن رأسه الخ) لان خروج رأسه عن الماء سبب لموته
فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط ان يعلم سبب موته حتى لو انفصل عضوه
بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو ايضا زيلعى (قوله وان مات بآفة الخ) ومنه لو جمع السمك فى حظيرة
لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذه بغير صيد فمات لان ضيق المكان سبب لموته در فان
كان لا يقدر على اخذه بغير صيد فلا خير فى اكله لانعدام سبب ظاهر يحال الموت عليه فكان موته
حتف انفه فلا يحل دميرى (قوله اووجد فى بطن طير) هذا هو الصواب خلافا لما وقع فى نسخة
السيد الحموى حيث قال فى بطنه طير ووجه الحل ان ضيق المكان سبب موته (قوله وان اضطر
الصيادون الخ) صوابه اواضطر الصيادون بحذف اداة الشرط وابدال الواو ياء كما هو ظاهر وقول
السيد الحموى لعله اذا اضطر تحريف من الناسخ والصواب اواضطر (قوله لا يؤكل عند ابى حنيفة
كالطافى) لان الحر والبرد صفة من صفات الزمان وليست من حوادث الموت فى الغالب حموى وعلله
فى الدرر بقوله لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا (قوله وعند محمد يؤكل) وهذا أظهر وارفق
بالناس تجنيس ومزيد وفى منية المفتى وبه يفتى قال فى الشرنبلالية وعليه اكثر المشايخ ثم نقل عن القاضى
انه يؤكل عند الكل وقال الفقيه القول بالحرمة اعجب لانه مات بآفة فصار ككونه بانجماد الماء (قوله
وحل السمك بلا ذكاة) كالجراد لما سبق من قوله احلت لنا ميتتان الحديث لكن بينهما فرق وهو ان
الجراد يؤكل وان مات حتف انفه بخلاف السمك سئل على عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها
الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته در لكونه اخصر من قوله كل ما مات وما لم يمت (قوله
وقال مالك لا يحل الجراد الخ) فيه ان هذا رواية عنه ومذهبه الحل اذا مات بسبب مطلقا كما يعلم من
شرح العينى فعلى هذا اذا مات حتف انفه لا يؤكل عنده بخلاف السمك عنده لما قدمه الشارح من ان
الطافى يؤكل عنده وعند الشافعى (قوله الا ان يقطع الآخذ رأسه الخ) فيه ان الشرط على هذه الرواية
قطع الرأس فقط واما الشى فليس بشرط عنده اصلا رواية واحدة كما يعلم من شرح العينى (قوله
كالمجروح) يتأمل فيه حموى (قوله اوالموقوذة) هى المقتولة ضربا (قوله اوالنطيحة) يعنى المقتولة بنطح
غيرها (قوله حل مطلقا) فى ظاهر المذهب وعليه الفتوى وان كانت حياتها خفية لقوله تعالى الا ما ذكيتم
من غير فصل در (قوله وهذا عند ابى حنيفة وهو ظاهر الرواية) اسم الاشارة لما ذكره فى شرح الطحاوى
ومنه يعلم ان ما ذكره المصنف بقوله ولو ذبح شاة فتحركت اوخرج الدم حل لا يتمشى على اطلاقه الا على
مذهب الصاحبين (قوله لا تعلم حياتها) قيد به لانه ان علمت حياتها وقت الذبح اكلت على كل حال
كما فى الزيلعى أى سواء تحركت ام لا خرج الدم ام لم يخرج (قوله كذا فى الخلاصة) وهذا صحيح لان
الحيوان يسترخى بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم
والعين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل حركات تختص بالحى فدلت على حياة المذبوح كذا
بخط شيخنا (تتمة) الذكر والانثيان والمثانة والعصبان اللذان فى العنق والمرارة تحل مع كراهة التنزيه
قهستانى عن البحر المحيط قال وكذا الدم الذى يخرج من اللحم والكبد والطحال دون الدم المسفوح
الخ واقول ما ذكره من حل الذكر والانثيين والمرارة مع كراهة التنزيه مخالف لما سيأتى فى مسائل شتى
قبيل كتاب الفرائض حيث قال المصنف كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم
المسفوح والذكر بناء على ما هو الظاهر من كون الكراهة تحريمية وبه صرح فى التنوير ثم رأيت
فى الدرر ذكر فيما سيأتى آخر الكتاب بعد قول المتن كره تحريما فقال وقيل تنزيها والاول اوجه انتهى
وقوله وقيل تنزيها ليس على اطلاقه بل بالنسبة لما عدا الدم بدليل ما فى الزيلعى قال أبو حنيفة الدم حرام

فان كان رأسه فى الماء فمات لا يؤكل وان كان
الماء انحسر عن رأسه وبقى ذنبه فى الماء فيؤكل
كذا فى شرح السيد وان مات بآفة وهى ان
ينحسر عنه الماء اوطفا على وجه الارض اووجد
فى بطن طير أوسمك او ربطه أحد فى الماء وان
اضطر الصيادون جماعة منها الى مضيق
فتراكمت فهلكت أولدغته حية اوأصابته
حديدة اوألقى فى الماء شئ فأكله فمات يؤكل
واذا قتله حر الماء وبرده لا يؤكل عند ابى حنيفة
كالطافى وعند محمد يؤكل وهذا أرفق بالناس
كذا فى الخلاصة (وحل) السمك (بلا ذكاة
كالجراد) وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع
الآخذ رأسه ويشويه (ولو ذبح شاة فتحركت
اوخرج الدم) بعد الذبح (حل والا) اى وان لم
يتحرك اولم يخرج الدم (لا يحل ان لم يدر) الذابح
حياته عند الذبح (وان علم حل وان لم يتحرك ولم
يخرج الدم) كالمجروح اى لوذبح المنخنقة
اوالموقوذة اوالمتردية اوالنطيحة اوالتى بقر الذئب
بطنها وبها حياة حل مطلقا فى ظاهر المذهب
وعن أبى حنيفة انه انما يحل اذا كان بحال
يعيش يوما لولا الذكاة يؤكل وعن أبى يوسف
أنه اذا كان بحال يعيش اكثر اليوم لولا الذكاة
يؤكل والالا وعن محمد انه اذا بقى حياته اكثر
من حياة المقطوع اوداجه يحل والالا كذا فى
الكافى وفى شرح الطحاوى خروج الدم لا يدل
على الحياة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى
وهذا عند أبى حنيفة وهو ظاهر الرواية رجل
ذبح شاة مريضة لا يعلم حياتها ولم يتحرك منها
شئ الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها
لا تؤكل وان ضمت تؤكل وكذا فى العينان ان
فتحت لا تؤكل وان ضمت تؤكل وفى الرجل
ان قبضت رجلها تؤكل وان مدت لا تؤكل
وفى الشعر ان نام شعرها لا تؤكل وان قام
تؤكل كذا فى الخلاصة

واكره السنة الخ والله أعلم

(كتاب الاضحية)*

وهى افعولة واصلها اضحوية فاجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لاثبات الياء وتجمع على اضاحى بتشديد الياء عناية وقال فى المصباح يجوز فى الاضحية ضم الهمزة فى الاكثر وكسرها اتباعا لكسرة الحاء ديرى واعلم ان وجوب الاضحية نسخ كل دم قبلها من العقيقة والعتيرة وهى كما فى الزيلعى شاة كانت تذبح فى رجب لله تعالى فى ابتداء الاسلام وفى الصحاح العتيرة شاة كانوا يذبحونها فى رجب لآلهتهم (قوله وهى ما يضحى به) أى لغة كما ذكره الحموى وشرعا اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة فى يوم مخصوص عند وجود شرائطها وركنها ذبح ما يجوز ذبحه درر وحكمها الخروج عن عهدة الواجب فى الدنيا والوصول الى الثواب فى العقبى شرنبلالية وشرطها وسببها سيأتى والمراد باليوم المخصوص الوقت ليشمل الذبح ليلا وقوله عند وجود شرائطها يقتضى ان الفقير والمسافر اذا ذبحه لا تكون اضحية شرعا قال فى الشرنبلالية وفيه تأمل واعلم ان القرب المالية نوعان نوع بالتمليك كالصدقة ونوع بالاتلاف كالاعتاق وفى الضحية اجتمعا قال الحدادى والدليل على انها الاراقة انه لو تصدق بعين الحيوان لم يجزه والصدقة بلحمها بعد الذبح مستحبة حتى لو لم يتصدق به جاز حموى (قوله وجمعها الاضاحى) بتشديد الياء شرنبلالية عن العناية (قوله كهدية) ولا يتعين فتح ضاد الضحية بل يجوز الكسر قال العينى فى شرح البخارى وفى نوادر اللحيانى وضحية بكسر الضاد المعجمة وجمعها جمع المفتوح الضاد وعند ابن الشيبانى اضحاة بكسر الهمزة وفى الدلائل للسرقسطى اضحية بكسر الهمزة أيضا وتخفيف الياء ومثله فى المنهاج انتهى وقوله بكسر الهمزة فى اضحاة يوهم عدم جواز الفتح وليس كذلك قال فى الشرنبلالية وفى الاضحية ثمان لغات ضم الهمزة مع تشديد الياء وتخفيفها وكسر الهمزة مع تشديد الياء وتخفيفها ومع حذف الهمزة لغتان فتح الضاد وكسرها واضحاة بفتح الهمزة وكسرها انتهى معزيا للزبادى الشافعى (قوله واضحاة واضحى) كارطاة وارطى وقوله واضحى هو الجمع كما فى تكملة الديرى واعلم ان الارطاة شجر من شجر الرمل يدبغ بورقه ويقال ضحى اذا ذبح الاضحية وقت الضحى هذا اصلها ثم كثر حتى قيل ضحى فى أى وقت كان من ايام التشريق ولو آخر النهار ديرى وشلبى عن المغرب (قوله الا ان الاول اعم الخ) وقع فى بعض النسخ الا ان الاولى أعم والثانية اخص وتأويله أن يراد بالاولى مسائل الذبائح وبالثانية مسائل الضحايا (قوله لانها واجبة تثبت بشرائط) أى ملتبسة بشرائط الخ وحينئذ تكون مسائلها مستقلة غير تابعة لكتاب الذبائح فتعين ان تعنون بالكتاب دون الباب والفصل حموى (قوله واحكام) أى تثبت ملتبسة باحكام حموى (قوله وأسباب) أى تثبت باسباب وفيه ان الاضحية تثبت بسبب واحد وهو اليوم أو الرأس حموى واعلم ان عبارة البعض تفيد ترجيح كون السبب هو الرأس كصاحب الكافى حيث قال وسببها الرأس كما فى صدقة الفطر وقيل اليوم وعبارة الدر تفيد عكس ذلك ومنهم من جزم بان السبب هو اليوم قال للاضافة لقولهم يوم الاضحى ولتكررها بتكرره واذا كان الخلاف ثابتا فما فى الشرنبلالية من انه لا نزاع فى سببية اليوم غير مسلم (قوله تجب) اى عملا لا اعتقادا بقدرة ممكنة لا ميسرة بدليل ان الموسر لو اشترى شاة للاضحية يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيامه ثم افتقر كان عليه التصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه ولو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واشتراط النصاب لما لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر نهاية وعناية والقدرة الممكنة ما يجب بمجرد التمكن من الفعل فلا يشترط بقاؤها لبقاء الوجوب درر واقول يرد على

(كتاب الاضحية)
وهى ما يضحى بها أى يذبح وجمعها
الاضاحى ويقال ضحية وضحايا كهدية
وهدايا واضحاة واضحى وبه يسمى يوم
الاضحى المناسبة بين الكتابين ان
الاضحية من جنس الذبائح الا ان
الاولى أعم والثانية أخص وانما أفردها
من الاول بكتاب على حدة لانها واجبة
تثبت بشرائط وأحكام وأسباب
خاصة (تجب) عند أبى حنيفة ومحمد
وزفر والحسن بن زياد وفى احدى
الروايتين عن أبى يوسف

جعل القدرة ممكنة ماسيأتي في كلام الشارح حيث قال والفقر والغنى انما يعتبر آخر أيام النحر حتى لو كان أول الوقت غنيا ثم افتقر في آخره فلا أضحية عليه فهذا يقتضي انها انما تجب بقدرة ميسرة اذ لو كانت بقدرة ممكنة لوجبت عليه لتمكنه منها في أول الوقت اذ يلزم من سقوطها عنه بافتقاره آخر وقتها كون دوام القدرة شرطا لها فاسبق من أنها لو كانت بالقدرة الميسرة كان دوامها شرطا في حيز السقوط لانه انما افتقر بعد مضى أيام النحر فكان دوام القدرة حاصلا من غير شبهة فلهذا لم تسقط بطرو الفقر بعد مضى وقتها وسقوط الزكاة بهلاك النصاب لفوات المحل الذي يستوفى منه وكذا العشر والخراج بخلاف الاضحية فان محلها باق لم يفت اذ فرض المسئلة فيما اذا اشتراها الموسر فلم يضح حتى مضى وقتها ثم افتقر وليس التقييد بالشراء قيدا احترازيا حتى لو كان موسرا في جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار فقيرا صارت قيمتها دينا في ذمته يتصدق بها متى وجدها كما في الشرنبلالية ثم ظهر ان المراد بالتمكن التمكن الكائن آخر وقتها اذ هو الذي يتعلق به الوجوب مضيقا وعنده يظهر عدم اشتراط دوام القدرة وليس المراد ماهو الاعم الشامل للتمكن اول وقتها الانهاوان وجبت باول الوقت لكن وجوبا موسعا (قوله وعنه انه سنة) أي عن أبي يوسف كما في الزيلعي عن الجوامع والجوامع اسم كتاب صنفه أبو يوسف كما في العناية ووجه السنة قوله عليه السلام اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم ان يضحى فليمسك عن شعره وأظفاره والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بترك الواجب والمراد بالارادة ماهو ضد السهو لا التخيير فلم يدل ذكر الارادة في الحديث على نفي الوجوب ومثله ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من أراد الحج فليتعجل زيلعي وديري ويلحق بفتح الياء (قوله سنة مؤكدة) اختاره رضى الدين النيسابوري حموي من شرح المجمع لمصنفه (قوله على حر) لانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر درر (قوله مسلم) لان القربة لا تتصور الا من المسلم درر (قوله مقيم) لان أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر فتفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه دفعا للحرج عنه كالجمعة درر وما في الاصل من عدم وجوب الاضحية على الحاج أراد به المسافر وأما اهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا شرنبلالية عن البدائع (قوله في مصر اوقرية) وما في الاصل من قوله هي واجبة على أهل الامصار أراد بهم المقيمين شرنبلالية عن المبسوط (قوله موسر) بيسار الفطرة فان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغنى ومقداره ما تجب به صدقة الفطر درر وذكر في النهاية ان سبب وجوب الاضحية الوقت والغنى شرط الوجوب (قوله لا عن طفله مطلقا) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا بخط شيخنا عن العناية والمراد بالكبير المميز وقول السيد الحموي فيه تأمل أي في قوله مطلقا يبتنى على ما توهمه من ان المراد بالاطلاق ما اذا كان له مال ام لم يكن ووجه التأمل بناء على ما توهمه ان ذلك يأباه قول الشارح وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه او وصيه وبما ذكرنا يعلم ما وقع لبعضهم حيث فسر الاطلاق بقوله غنيا كان او فقيرا ولم يتنبه لما يلزم عليه من منافاة ما بعده والحاصل ان تفسير الاطلاق بالغنى والفقير غير مناسب للمقام وبعيد عن السياق سواء اعتبر في جانب الاب او الطفل أما بالنسبة للاب فلان الكلام في خصوص الموسر وأما بالنسبة للطفل فلما سبق عن العناية حيث فسر الاطلاق بالصغير والكبير مقيدا له بقوله اذا لم يكن له مال واليه يشير قول الشارح وان كان للصغير مال الخ ومن هنا ظهر سر قول العلامة الحموي فيه تأمل فان قلت تقييد نفي الوجوب عن الاب لطفله بما اذا لم يكن له مال يفهم الوجوب عليه اذا كان له مال قلت لا مانع من ذلك لان الاب هو المخاطب باخراج الاضحية من مال طفله بقي ان يقال معنى قوله لا عن طفله أي لا تجب عن طفله فلا ينافي ما في الشرنبلالية عن الخانية من انها تستحب في ظاهر الرواية وعليه الفتوى (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها تجب الخ) أي ان لم يكن لولده مال بقرينة ما بعده فليس في كلام الشارح سقط خلافا لما ذكره السيد

وعنه انه سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قولهما سنة مؤكدة (على حر مسلم مقيم) في مصر أو قرية (موسر عن نفسه لا عن طفله) مطلقا وروى الحسن عن أبي حنيفة انها تجب

الحموى مستدلا بكلام الاتقانى اذ غاية مادل عليه كلام الاتقانى ان الشارح اختصر فى نقل كلام الحسن (قوله عن ولده الصغير) كما فى صدقة الفطر قلنا الاضحية قربة محضة والاصل فى العبادة ان لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة زيلعى (قوله يضحى عنه أبوه الخ) ولكن لا يتصدق باللحم حموى عن الاتقانى وهذا وان صححه فى الهداية وقال فى العناية وهو اختيار شيخ الاسلام لكن قال فى التبيين وفى الكافى الاصح انه لا يجب ذلك وليس للاب ان يفعله من ماله أى من مال الصغير قال فى الشرنبلالية وأصح ما يفتى به من التصحيحين عدم الوجوب فان فعل الاب لا يضمن فى قول أبى حنيفة وابى يوسف وعليه الفتوى ويضمن فى قول محمد وزفر وان فعل الوصى يضمن فى قول محمد وزفر واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة وأبى يوسف قال بعضهم لا يضمن كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان الصغير يأكل لا يضمن والمعتوه والمجنون بمنزلة الصبى أما الذى يجن ويفيق فهو كالصحيح انتهى (قوله أى تجب شاة) يشير الى ان شاة مرفوع بتجب وهو الاظهر والتقدير ذبح شاة لان الواجب هو اراقة الدم ويجوز ان يكون رفع شاة على انه بدل من الضمير فى تجب ليكون بيانا للمقدار الواجب حموى واعلم ان الشاة أفضل من سبع البقرة اذا استويا فى القيمة واللحم در عن الحاوى وفى التنكير اشعار بانه لو ضحى باكثر من واحدة فالواجب واحدة الا ان المختار وجوب الكل كما فى الخزانة وذكر فى النظم ان الزائد على الواحدة تطوع عند العامة وقيل انه لحم فلا يصير أضحية قهستانى (قوله او سبع بدنة) والقياس ان لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهى لا تتجزأ الا انا تركناه بأثر جابر انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فبقيت على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ويشترط للاجزاء عن سبعة ان لا يكون لاحدهم أقل من سبع حتى اذا مات وترك ابنا وامرأة وبقرة وضحيا بها لم يجز فى نصيب الابن أيضا لفوات وصف القربة فى البعض لعدم تجزئ هذا الفعل فى كونه قربة وصح لو احد اشراك ستة أى جعلهم شركاء له فى بقرة اشتراها للاضحية استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقربة فلا يجوز بيعها وجه الاستحسان انه قد لا يجد من يشاركه وقت الشراء فمست الحاجة الى الجواز كذا فى الدرر وسياق كلامه يفيد انه اشترى البقرة على نية الشركة وليس كذلك بل صورة المسئلة انه اشتراها بلا نية الشركة ثم وجد الشريك لانه اذا اشتراها على نية الشركة لا يكون مخالفا للقياس كما ذكره الوانى ولهذا قال فى الهداية ولو اشترى بقرة يريد ان يضحى بها عن نفسه ثم أشرك فيها ستة معه أجزأه استحسانا وندب كون الاشتراك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع فى القربة ويخالفه ما قدمناه فى باب الهدى معزيا للبحر من قوله اشتراها للهدى من غير نية الشركة ليس له الاشتراك فيها لانه يصير بيعا لانها كلها صارت واجبة بعضها بايجاب الشرع وما زاد بايجابه انتهى ويقسم اللحم وزنا لا جزافا الا اذا ضم معه من اكارعه أو جلده فحينئذ يجوز صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما فى الدرر ونفى جواز قسمة اللحم جزافا بمعنى لا يصح لا بمعنى لا يحل لانه ليس بيعا حقيقيا فيقتضى الحرمة بالفضل بل انه كهبة مشاع يحتمل القسمة فلا يملك الموهوب له العين بمجرد الهبة فللمالك نقض القسمة حتى اذا لم ينقضها حتى اكل اللحم تم الامر ولا حرمة ولا ضمان لرضى المالك بالاتلاف شرنبلالية واعلم انه اذا اشترك خمسة فى سبع بقرات أو اكثر فذبحوها اجزأهم لان لكل واحد فى كل بقرة سبعا ولو اشترك ثمانية فى سبع بقرات لم يجزئهم لان كل بقرة بينهم تكون على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم نقص من السبع وكذلك لو اشترك الثمانية فى ثمانية من البقر لا يجزيهم لان كل بقرة تكون على ثمانية ولا رواية فيه كما فى الشرنبلالية واعلم ان جواز اشتراك الستة محمول على الغنى لانها لم تتعين لوجوب التضحية بها ومع ذلك يكره كما فى الشرنبلالية ومفاده ان الفقير ليس له اشراك غيره فيما اشتراه للاضحية ولو نوى بعض الشركاء الاضحية وبعضهم هدى المتعة وبعضهم هدى القران وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم دم العقيقة لولادة ولد وله

قوله والتقدير ذبح الخ الاصوب ان يقول بعد قوله وهو الاظهر مع تقدير مضاف اى ذبح شاة الخ اه

عن ولده الصغير وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه او وصيه من ماله عند ابى حنيفة وابى يوسف ويأكل الصغير ما امكنه ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه مع بقائه كالثوب وقال محمد وزفر والشافعى يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم (شاة) أى تجب شاة او سبع بدنة فجر يوم النحر

في عامه ذلك جاز عن الكل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله تعالى كذلك وعن أبي يوسف انه قال الافضل ان يكون الكل من جنس واحد فان اختلف وكل واحد متقرب الى الله تعالى جاز وعن أبي حنيفة انه قال اكره ذلك وقال زفر لا يجوز ويكون الكل لحما كذا في الخانية وهو صريح في ان دم العقيقة قربة غير مكروهة خلافا لما في الشرنبلالية كذا ذكره شيخنا واعلم انه يترتب على ماذكره الشرنبلالي بحثا من كراهة العقيقة عدم صحة الاشتراك اذا كان أحدهم يريد العقيقة لان شرط جواز الاشتراك كون الكل متقربين وان اختلفت جهة القربة والعقيقة شاة تذبح على المولود سابع ولادته كذا ذكره شيخنا أيضا على خلاف ما في الشرنبلالية حيث ذكر ان العقيقة طعام الحلق واعلم ان الوليمة طعام العرس والخرس طعام الولادة والمأدبة طعام الختان والوكيرة طعام البناء والنقيعة طعام القادم والوضيمة طعام التعزية وكلها ليست بسنة الا طعام العرس شرنبلالية (قوله وهو العاشر من ذي الحجة الى آخر أيامه) وافضلها أولها وادونها آخرها شرنبلالية (قوله وهي ثلاثة أيام) وتجوز في لياليها وتكره لخوف الغلط في الظلمة زيلعي اعلم ان أيام النحر ثلاثة أيام وأيام التشريق أيضا ثلاثة والكل تمضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض در ر وقوله والتضحية فيها افضل الخ لا يفهم منه جواز التصدق وترك الاضحية حتى اذا تصدق الغني بثمن الشاة ولم يضح لا يخرج عن عهدة الواجب وانما قال أفضل مريدا به الفاضل لان الخروج عن عهدة الواجب افضل لا محالة نهاية عن حميد الدين البصير (قوله وقال الشافعي تجوز في اليوم الرابع) لحديث أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا حديث أيام النحر ثلاثة أولها افضلها ولما تعارضا اخذنا بالمتيقن حموي (قوله وفي العكس تجب) اطلاقه يقتضي وجوب الاضحية عليه اذا استغنى في آخر الوقت وان اشتراها في اول الوقت فقيرا وضحى وهذا احد قولين حكاهما في الاختيار وأفاد في الشرنبلالية ان الترجيح قد اختلف ولو اشترى الفقير أخرى بعد ضياع الاولى ثم وجدها فعليه ان يضحي بهما لان الواجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية بمنزلة النذر والشراء قد تعدد بخلاف الغني لان الوجوب عليه بايجاب الشرع والشرع لم يوجب عليه الا مرة واحدة وذكر الزعفراني ان عليه ان يضحي بهما وان اوجبها أي الفقير بدلا عن الاولى التي ضاعت ثم وجدها فله ان يذبح ايهما شاء لان الايجاب متحد فاتحد الواجب كذا في الاختيار وفي تكملة الديري عن غاية البيان مانصه اعلم ان الشاة تتعين بالتضحية بالنذر بان نذر ان يضحي بها أو نوى عند الشراء ان يضحي بها وكان المشتري فقيرا وهو ظاهر الرواية وروى الزعفراني عن اصحابنا ان التضحية بعينها لا تجب الا بالنذر ولا تجب التضحية بعينها بنية الشراء للاضحية وان كان المشتري فقيرا الخ ثم الناذر اذا كان غنيا ونوى بالنذر الاخبار عن الواجب عليه بايجاب الشارع لا يلزمه الا هي وان لم ينو فعليه شاتان شاة لاجل النذر وشاة بايجاب الشرع ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية شاة واحدة ولو قال ذلك قبل ايام النحر يلزمه شاتان بلا خلاف لان الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبل الوقت وكذا لو قال ذلك وهو معسر في أيام النحر ثم ايسر فيها فعليه شاتان شرنبلالية (تتمة) مضت أيام النحر ولم يضح تصدق بها حية ناذر لمعينة او فقير شراها لها او بقيمتها غني شراها أولا كذا في الهداية وغيرها كالدرر وقوله ناذر لمعينة فاعل تصدق لكن قوله شراها أولا تعقبه الشيخ شاهين بان وجوب التصدق بالقيمة مقيد بما اذا لم يشتر اما اذا اشترى فهو مخير بين التصدق بالقيمة أو التصدق بها حية كما في الزيلعي فان قلت كيف يصح النذر من الغني مع ان من شرط النذر أن لا يكون واجبا قلت هذا استشكله العلامة الحموي والجواب يعلم بالتدبر (قوله ولا يذبح مصري الخ) لعدم الشرط لا لعدم الوقت حموي والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير عن القروي اذ لا صلاة عليه زيلعي ولو قال

وهو العاشر من ذي الحجة (الى آخر ايامه) أي ايام النحر وهي ثلاثة أيام عندنا فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعده وقال الشافعي تجوز في اليوم الرابع والبدنة في اللغة من الابل خاصة وفي الشريعة الابل والبقر سميت بدنة لضخامتها من بدن بدانة اذا ضخم الموسر هو الذي له مائتا درهم او عرض يساوي مائتي درهم سوى المسكن والخادم والثياب التي تلبس والمتاع الذي يحتاج اليه وهذا اذا بقي له الى ان يذبح الاضحية وفي الهارونيات ان جاء يوم الاضحى وله مائتا درهم او اكثر ولا مال له غيره فهلك لم تجب الاضحية وكذا لو نقص عن المائتين ولو جاء يوم الاضحى ولا مال له ثم استفاد مائتي درهم وجبت الاضحية والفقر والغنى والولادة والموت انما يعتبر في حق الاضحية آخر ايام النحر فلو كان غنيا في اول الايام فقيرا في آخرها لا تجب عليه وفي العكس تجب ولو كان له عقار يستغل اختلف المتأخرون ففي اضاحي الزعفراني تعتبر قيمته لا دخله وقال أبو علي الدقاق يعتبر دخله كذا في الخلاصة (ولا يذبح مصري قبل الصلاة وذبح غيره) قبلها

قوله يعلم بالتدبر اعلم ان الموسر اذا نذر في أيام النحر وقصد الاخبار لم يكن ذلك منه نذرا حقيقة وان لزوم الشاة عليه بايجاب الشرع اما اذا اطلق ولم يقصد الاخبار او كان قبل ايام النحر او كان معسرا فأيسر فيها فانه وان لزمته شاة اخرى بالنذر لكنها لم تكن واجبة قبل بل الواجبة غيرها فهو نذر حقيقة وعلى كل فلم يوجد نذر حقيقي بواجب قبله فاتضح الحال وطاح الاشكال كذا في رد المحتار اهـ

كما فى الدرر لاتذبح الاضحية فى المصر قبل الصلاة لكان اجود كما فى الشرنبلالية معللا بان المراد اذا ذبح فى المصر (قوله فى الهداية والتبيين حيلة المصرى اذا أراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فى موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه فيضحى فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلاة فى المصر كيلا يشتغل بها عن الصلاة ثم المراد بقوله قبل الصلاة حقيقة الفراغ منها على ما قال قاضيخان فان ضحى بعدما قعد الامام قدر التشهد قبل السلام لا يجوز فى ظاهر الرواية وقال بعضهم يجوز ويكون مسيأ ولو ضحى بعد ما سلم الامام تسليمة واحدة جازت الاضحية عند الكل انتهى وقال فى البدائع لو ذبح بعدما قعد الامام قدر التشهد قبل التسليم قالوا على قياس قول ابى حنيفة لا يجوز كما لو كان فى خلال الصلاة وعلى قياس قول ابى يوسف ومحمد يجوز بناء على ان الخروج بصنعه فرض عنده لا عندهما فان اشتغل الامام فلم يصل العيد او ترك ذلك متعمدا حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة فى الايام كلها لانه بزوال الشمس فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام فى اليوم الثانى والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط فى الاداء لا فى القضاء كذا ذكره القدورى انتهى كلام البدائع وهكذا نقله الزيلعى عن المحيط ونقل الزيلعى ايضا عن المحيط انه لا تجزئهم الاضحية فى اليوم الثانى قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون ان يصلى الامام فحينئذ تجزئهم عن التضحية انتهى وفى منية المفتى والامام اذا صلى العيد بشهادة الزور وضحى الناس ثم تبين انه يوم عرفة اجزأتهم الصلاة والذبائح للضرورة كذا فى الشرنبلالية بخلاف ما اذا صلوا بغير شهادة ولو صلى الامام ثم علم انه على غير طهارة تعاد الصلاة دون التضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغ فجعلناه عذرا فى جواز التضحية تحريا للجواز ولو وقع فى البلد فتنة ولم يبق فيها وال يصلى بهم فضحوا بعد الفجر اجزأهم لان البلد صارت كالسواد كذا فى الزيلعى وقوله تعاد الصلاة قيده فى الدر عن المجتبى بما قبل التفرق لا بعده (تنبيه) قال فى المبسوط ليس على اهل منى يوم النحر صلاة العيد لاشتغالهم وقتها باداء المناسك وتجوز اضحيتهم بعد انشقاق الفجر انتهى قال فى الشرنبلالية ومن الظاهر ان اهل منى هم من بها من الحجاج واهل مكة (قوله وقال مالك والشافعى لا تجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام) مخالف لما ذكره العينى فاعزاه الشارح لمالك والشافعى عزاه العينى لمالك واحمد واما الشافعى فلا يشترط ان يكون بعد نحر الامام بل ولا أن يكون بعد الصلاة وانما يشترط ان يكون قد مضى من الوقت قدر صلاة ركعتين مع خطبتين ويحتمل ان يكون للشافعى قولان (قوله كما انشق الفجر) أى وقت ان انشق الفجر فهى كاف المفاجأة (قوله ويضحى بالجماء الخ) كذا الجرباء ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها لانه لا يخل بالمقصود زيلعى (قوله أى التى لا قرن لها) لان القرن لا يتعلق به المقصود وكذا مكسورة القرن الا اذا بلغ الكسر رأس العظم كما فى الشرنبلالية (قوله لا بالعمياء) وكذا لا يضحى بالسكاء وهى التى لا اذن لها خلقة بخلاف صغيرة الاذن كذا بخط شيخنا ولا تجوز بالهتماء وهى التى لا اسنان لها وعن أبى يوسف تعتبر الكثرة كالاذن زيلعى والاصح كما فى حاشية الشلبى عن الكرمانى ان الهتماء تجوز اذا كانت تعتلف لانها حينئذ كالصحيحة ولا الجلالة وهى التى لا تأكل غير العذرة وكذا لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها بل تحبس حتى تطيب ويذهب نتنها ولا الجداء بالجيم ما لا لبن لها من كل حلوبة لا ٓفة والجداء من النساء صغيرة الثدى شلبى عن نهاية ابن الاثير ولا التى قطع ضرعها وكذا التى لا تقدر ان ترضع فصيلها والاصل ان كل عيب يزيل المنفعة او الجمال على الكمال يمنع وما لا فلا شلبى عن الظهيرية ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بمانع فعليه غيرها غنيا ولو فقيرا تجزئه ولو ماتت مشتراة الغنى لزمه بدلها لا الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى أخرى ثم وجدت الاولى فى ايامها فعلى الموسر احداهما والفقير كلاهما ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح در عن الزيلعى وفيه عن شرح الوهبانية ولا تجزئ الخنثى لان لحمها لا ينضج واعلم ان ما ذكر من التفصيل بين الغنى والفقير فيما اذا تعيبت بعد الشراء هو رواية ابى سليمان واما فى رواية أبى حفص فغير مانع اصلا قهستانى (قوله الى المنسك) المنسك بالكسر

قوله واهل مكة اى الحجاج كما قيده فى رد المحتار اه

وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولا يجوز على العكس الا بعد الصلاة (ويضحى بالجماء) اى التى لا قرن لها (والخصى والثولاء) بالمثلثة اى المجنونة وهى المجنونة هذا اذا كانت سمينة وتعتلف (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء) وهى المهزولة (والعرجاء) اى التى لا تمشى الى المنسك

الموضع الذى يذبح فيه والفتح قياس من نسك لله نسكا ومنسكا اذا ذبح كذا بخط شيخنا عن النهاية وعزا بعضهم للمصباح ان المنسك بفتح السين وكسرها يكون زمانا ومصدرا و يكون اسم المكان الذى تذبح فيه النسيكة أى الذبيحة وزنا ومعنى (قوله ومقطوع اكثر الاذن والذنب) يفهم منه عدم جواز الاضحية بمقطوعة اليد او الرجل بالاولى وبه صرح فى الدرر (قوله والواو بمعنى او) يعنى فى والذنب والعين وحينئذ كان الظاهر ان يذكره بعد قوله والعين كذا ذكره الحموى وهذا يبتنى على ماوقع فى نسخته من ذكر العين بالواو وسياق كلام الشارح يقتضى ذكرها باو وهو الموافق لما فى نسخة شيخنا بخطه وحينئذ فالمراد بالواو فى قول الشارح والواو بمعنى او خصوص الواو فى قوله والذنب فلهذا ذكر الشارح ذلك قبل ذكر العين (قوله أى مذهوب اكثر ضوء العين) يشير الى ماذكره العينى من ان القطع غير ظاهر فى العين اذ لا يقال مقطوع اكثر العين بل يقال ذاهب اكثر العين فلا يصح ان يكون العامل فى المعطوف عليه هنا عاملا فى المعطوف ولهذا قدره الحموى بقوله او بالذاهبة ضوء العين الا ان يقال اطلق القطع على الذهاب مجازا ومافى العينى من قوله لا يضحى بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء معناه الكراهة لا عدم الجواز والمقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخرها والشرقاء ان يكون الخرق فى اذنها طولا والخرقاء ان يكون عرضا (قوله وفى تقدير الاكثر عن ابى حنيفة أربع روايات) فيه نظر لان نحو الثلث والربع لا يصلح ان يكون تقديرا للاكثر غايته ان قطع الاكثر على هذا لا يكون شرطا لفوات الاجزاء الا ترى الى قول العينى وقيد بقوله ان يكون اكثر الاذن لانه ان بقى اكثرها جاز وكذا اكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل ثم ذكر بقية الروايات على وجه المقابلة لما ذكره المصنف من التقييد بالاكثر والحاصل ان ماذكره المصنف من التقييد بالاكثر لا يحتمل صدقه بكل من هذه الروايات خلافا لما توهمه الشارح وانما يصدق برواية انه الزائد على النصف فلو قال الشارح وفى تقدير المانع عن أبى حنيفة روايات لاستقام كلامه (قوله الزائد على الثلث) هو الصحيح وعليه الفتوى كما فى الشرنبلالية عن الخانية وفى النهاية عن الصدر الشهيد هو الاصح (قوله وفى رواية الربع) لانه يحكى حكاية الكل عينى (قوله وفى رواية الزائد على النصف) وعلى هذه الرواية مشى أصحاب المتون كالمصنف وصاحب الهداية (قوله وهو قولهما) وفى كون النصف مانعا روايتان عنهما عينى (قوله اعلم ذلك) أى جعل عليه علما أى علامة حموى (قوله والاضحية من الابل والبقر) والانثى منهما أفضل اذا استويا قيمة در عن الوهبانية (قوله والغنم) فى الدر عن الحاوى الكبش أفضل من النعجة ومن سبع البقرة اذا استويا فى القيمة واللحم والانثى من المعز أفضل من التيس اذا استويا قيمة الخ ومقتضاه تفضيل الذكر من الغنم مطلقا لكن قيده فى الخلاصة بما اذا كان خصيا وقال الخير الرملى الافضل لاهل البادية الابل ولاهل القرى البعيدة البقرة ولاهل الامصار الكبش وقيل يعتبر بالاحب عندهم قهستانى بقى ان يقال مافى الدر عن الحاوى من ان الانثى من المعز أفضل من التيس مخالف لما فى الشرنبلالية (قوله والجذع من الضأن) فى المغرب الجذع من البهائم قبل الثنى الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة فى السنة الثانية ومن الخيل فى الرابعة وعن الزهرى الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر زيلعى ومنه يعلم ان تقييد المصنف بالجذع من الضأن للاحتراز عن الجذع من غيره ومافى الدرر والوقاية من قوله والجذع شاة لها ستة أشهر تعقبه نوح أفندى بان ظاهره ان الجذع لا يوجد الا فى الشاة وليس كذلك (قوله أى الاضحية منحصرة الخ) فيكره ذبح الديك والدجاجة تشبها بالمضحى قهستانى (قوله فى الاربعة) صوابه فى الثلاثة حموى (قوله ولا يتجاوز عنها) لان جواز الاضحية بهذه الاشياء عرف شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها وتجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش لان جوازها عرف بالشرع فى البقر الاهلى دون الوحشى والقياس ممتنع تبيين (قوله ولم يجز منها مادون الثنى الا الجذع من الضأن) لقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على

(ومقطوع أكثر الاذن والذنب) والواو بمعنى أو (والعين) أى مذهوب أكثر ضوء العين (أو الالية) وفى تقدير الاكثر عن ابى حنيفة رحمه الله تعالى أربع روايات ففى ظاهر الرواية عنه الزائد على الثلث حتى لو كان المقطوع أكثر من الثلث لا يجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه هكذا روى هشام عن محمد رحمه الله تعالى وفى رواية بشر عن أبى حنيفة رحمه الله الثلث حتى لو كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان الثلث لا يجوز وفى رواية أبى شجاع عن أبى حنيفة رحمهما الله الربع وفى رواية الزائد على النصف وهو قولهما وانما يعرف ذهاب قدر النصف أو الثلث من العين بأن تشد العين المعيبة بعد أن لا تعلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم ذلك المكان ثم تشد العين الصحيحة و يقرب العلف الى الشاة قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم ذلك ثم يقدر ما بين الرؤية الاولى والثانية من المسافة فان كان المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقى الثلثان وان كان نصفا فقد ذهب النصف (والاضحية من الابل والبقر والغنم وجاز الثنى من الكل والجذع من الضأن) أى الاضحية منحصرة فى الاربعة ولا يتجاوز عنها ولم يجز منها مادون الثنى الا الجذع من الضأن فانه يجوز اذا كان عظيما بحيث لو اختلط بالثنيات لا يمكن التميز من بعيد الغنم اسم جنس يطلق على الذكر والانثى من الضأن والمعز والضأن خلاف المعز والجذع من الضأن الذى أتى عليه أكثر الحول عند الاكثر وفى مذهب الفقهاء ماتمت له ستة أشهر وذكر فى المبسوط اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك والثنى ماتم له سنة وطعن فى الثانية وكذا ثنى المعز ومن البقر الذى طعن فى الحول الثالث عند جمهور الفقهاء ويدخل فيه الجاموس ومن الابل الذى طعن فى السادسة وفى الظلمة ماتمت عليها أربعة أحوال المتولد بين الوحشى والاهلى اذا كانت الام وحشية لا يجوز

احدكم فليذبح الجذع من الضأن درر وفي الاستدلال على جواز الجذع من الضأن بهذا الحديث نظر لان المدعى جواز الجذع مطلقا والحديث مقيد بقوله الا ان يعسر فكان المدعى أعم من الدليل (قوله وان كانت أهلية يجوز مطلقا) أشبه الام او الاب فلا اعتبار للمشابهة عند العامة كذا بخط شيخنا (قوله ولو نزا كلب على شاة الى قوله قال عامة العلماء لا يجوز) أى فى الاضحية كذا بخط شيخنا (قوله ان كانت تشبه الام تجوز) أى فى الاضحية (قوله العبرة للمشابهة) فان أشبه الام لم يجز يعنى فى الاضحية فاعتبار الخيزاخزى المشابهة بالنسبة للاضحية فقط واعلم ان الخيزاخزى بفتح الخاء وسكون الياء باثنين من تحتها وفتح الزاى وسكون الالف وفتح الخاء الثانية وكسر الزاى الثانية نسبة الى قرية خيزاخزا من قرى بخارى منها أحمد بن عبد الله بن الفضل ومحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الله كذا فى طبقات عبد القادر وذكر شيخنا ان المنسوب اليه اعتبار المشابهة هو الاول (قوله كذا فى الخلاصة) عبارتها ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة العلماء لا يجوز وقال الامام الخيزاخزى ان كان يشبه الام يجوز ولو نزا شاة على ظبى قال الامام الخيزاخزى ان كان يشبه الاب يجوز ولو نزا ظبى على شاة قال عامة العلماء يجوز وقال الخيزاخزى العبرة للمشابهة انتهى كذا بخط شيخنا ومنه يعلم ان الشارح اختصر فى نقل عبارة الخلاصة (تتمة) تجوز التضحية بالبغل الذى امه بقرة وبالظبى الذى أمه شاة كذا ذكره العينى وهو باطلاقه شامل لما اذا كان أبوه مأكول اللحم أو لم يكن ويدل عليه قول الزيلعى وفى المتولد بين وحشى وأهلى تعتبر الام وكذا فى حق الحل تعتبر الام انتهى فما ذكره الشيخ شاهين حيث قيد اطلاق كلام العينى بما اذا كان الاب مأكول اللحم وادعى ان فيه اجمالا فيه نظر (قوله صح استحسانا) لوجود قصد القربة من الكل ووجد هذا التعليل ثابتا هكذا فى بعض النسخ. (قوله والقياس ان لا يجوز) لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت (فرع) تبرع بالاضحية عن ميت جاز له الاكل منها والهدية والصدقة لان الاجر للميت والملك للمضحى وهو المختار بخلاف ما لو كان بأمر الميت حيث لا يأكل فى المختار (قوله لم يجزهم) لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة تبيين (قوله يعنى أحد السبعة) ذهل عن هذا بعضهم فقال ما قال (قوله ويأكل من لحم الخ) وهذا فى الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس له ان يأكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم الاغنياء ولو أكل فعليه قيمة ما أكل زيلعى ومنلا وشراء الفقير الاضحية بمنزلة النذر فيجب عليه التصدق بكلها ولو ولدت الاضحية يضحى بالام والولد ولا يأكل من الولد بل يتصدق به فان أكل تصدق بما أكل ولعل وجهه عدم بلوغ الولد سن الاجزاء وكانت القربة فى اللحم بذاته لا فى اراقة دمه كذا رأيته معزيا الى منلا هى الشرنبلالى والمستحب ان يتصدق بولدها حيا ويكره جز صوفها قبل الذبح لينتفع به بخلاف ما بعده لحصول المقصود فان جزه او حلب لبنها تصدق به ومنهم من أجاز ذلك للغنى لوجوبها فى الذمة فلا تتعين وكذا يتصدق بالاجرة ان أجرها ويكره ذبح الشاة ان اشرفت على الولادة تنوير وشرحه مع شرنبلالية ثم رأيت بخط الشيخ عبد الحى معزيا للمحيط ما نصه اشترى شاة للاضحية فولدت يذبح الولد معها وهذا اذا كان معسرا لان الام تعينت محلا لاقامة القربة حتى منع المالك عن الانتفاع بها والحق متى ثبت فى الام يسرى الى الولد كالكتابة والتدبير وان كان موسرا فله ان لا يذبح الولد لان الام بالشراء لم تتعين للاضحية فان ذبح الولد يوم الاضحى قبل الام اجزأه وان ذبحه مع الام يأكل منه كما يأكل من الام فى ظاهر الرواية لان الولد وقع أضحية تبعا للام فيفيد اباحة الاكل كما فى الام (قوله وندب ان لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار وهذا اذا لم يكن ذا عيال فان كان ندب ان يتصدق توسعة عليهم كما فى الدرر (قوله ولا بأس بان يشترى به الخ) أى بالجلد وكذا اللحم

وان كانت اهلية يجوز ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة العلماء لا يجوز وقال الامام الخيزاخزى رحمه الله ان كانت تشبه الام تجوز والا ولو نزا شاة على ظبى قال الامام الخيزاخزى العبرة للمشابهة كذا فى الخلاصة (وان اشترى سبعة بدنة ليضحوا بها) (ثم مات احد السبعة قبل النحر) (وقالت الورثة) وهم كبار (اذبحوها عنه) اى نائبين عن الميت (وعنكم) فذبحوها (صح) استحسانا لوجود قصد القربة من الكل والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابى يوسف ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لم تجزهم ولو كان واحد من الشركاء صبيا وضحى عنه أبوه او كان ام ولد وضحى عنها مولاها جاز (وان كان شريك الستة) وفى بعض النسخ شريك السبعة ولكل وجه يعنى احد السبعة (نصرانيا او مريد اللحم) (لم تجز عن واحد منهم) أى رجلا نوى واراد اللحم (ويأكل من لحم الاضحية و) من باب أفعل (يوكل) (غنيا) أو فقيرا (ويدخر وندب ان لا ينقص الصدقة من الثلث ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو جراب وغربال) ونطع ولا بأس بان يشتريه بما ينتفع بعينه فى البيت

فى الصحيح زيلعى (قوله مع بقائه) فان بيع الجلد او اللحم بما ينتفع به مستهلكا كالاطعمة تصدق بالثمن ومفاده صحة البيع مع الكراهة وعن الثانى باطل لانه كالوقف درر ولو باعه بالدراهم ليتصدق بها جاز عينى (قوله ولا يعطى أجر الجزار من الاضحية) للنهى عنه درر (قوله فالافضل ان يستعين بغيره) كيلا يجعلها ميتة عينى (قوله ولكن ينبغى ان يشهدها) لقوله عليه الصلاة والسلام فاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب عملتيه ويقول ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين وفى الحديث يجاء بلحمها ودمها فيوضع فى ميزان المضحى وسبعون ضعفا الخ الشرنبلالية (قوله وكره ذبح الكتابى) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة حصلت بانابته ونيته كذا فى الزيلعى وغيره كالدرر ومقتضاه عدم الكراهة فيما اذا كان بامره وبه صرح الشارح مستدلا عليه بكلام الكافى لكن وجدت بخط السيد الحموى ان ما ذكره فى الكافى مخالف لما فى الجوهرة على ان بعضهم ذكر ان عبارة الكافى على خلاف ما نقله الشارح واعلم ان ما ذكره المصنف من الكراهة استشكله السيد الحموى بقوله فيه ان الكتابى غير مخاطب بالفروع على الصحيح فكيف يوصف فعله بالكراهة انتهى (فرع) يكره الذبح ليلا وان جاز لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل والكراهة تنزيهية كما فى القهستانى (قوله والقياس ان يضمن الخ) لانه ذبح شاة غيره بغير أمره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها فى أيام النحر فيما اذا كان المضحى فقيرا وما فى الزيلعى من انه يكره ان يبدل بها غيرها مقيد بما اذا كان غنيا كما فى الشرنبلالية فصار المالك مستعينا بكل من هو أهل للذبح دلالة لانه يفوت بمضى هذه الايام فاذا غلطا يأخذ كل أضحيته ان كانت قائمة ولا يضمنه لانه وكيله وان أكلاهما حالل كل صاحبه وان تشاحا ضمن كل للآخر قيمة لحمه فيتصدق به (فرع) صحت الضحية بشاة الغصب لا الوديعة وضمنها ووجه الصحة فى الاول لا الثانى ان الملك فى الغصب ثبت من وقت الغصب وفى الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح فى غير ملكه كذا فى الهداية والكافى وقال صدر الشريعة بحثا بالجواز حتى فى شاة الوديعة لانه يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل وما بحثه صدر الشريعة حكاه ابن الكمال بقيل كما فى الشرنبلالية وكذا القهستانى حكاه عن الظهيرية والذخيرة معزيا الى شيخ الاسلام فاعتراض صاحب الدرر على صدر الشريعة ساقط بقى أن يقال ذبح شاة الغصب لا يجزئ عن الاضحية مطلقا بل بقيد ضمان القيمة كما ذكره الشلبى عن البدائع ونصه غصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه لم يجز لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا يجوز عن الاضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحى بأخرى وان ضمنه قيمتها حية فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظورا فيلزمه التوبة والاستغفار انتهى وقال الزيلعى وان أخذها مذبوحة اجزأت المالك لانه نواها فلا يضر ذبح غيره واعلم ان المراد بالوديعة كل شاة كانت أمانة كما فى الشرنبلالية عن الفيض وقياسه أن يكون المراد بالغصب كل شاة كانت مضمونة وبه صرح فى الدر بحثا حيث قال ويظهر أن العارية كالوديعة والمرهونة كالمغصوبة لكونها مضمونة بالدين الخ لكن تعقبه شيخنا بأن بحثه مخالف لما فى قاضيخان حيث قال ولو كانت الشاة عنده رهنا أو وديعة وضحى بها ثم ضمن لا يجوز (تتمة) وهب شاة فضحى بها أو ذبحها لمتعة أو قران أو جزاء صيد فرجع الواهب فى الهبة جازت عن الاضحية والقران والتمتع وليس على الموهوب له أن يتصدق بشئ وفى جزاء الصيد عليه أن يتصدق بقيمة المذبوح وسقط عنه الجزاء حموى عن الظهيرية ولو اشترى ثلاثة كل واحد منهم شاة للاضحية أحدهم بعشرة والآخر بعشرين والآخر بثلاثين وقيمة كل واحد مثل ثمنها فاختلطت بحيث لا يعرف كل شاته بعينها فاصطلحوا على أن يأخذ كل واحد منهم شاة يضحى بها اجزأتهم ويتصدق صاحب الثلاثين بعشرين

مع بقائه (ولا يعطى اجر الجزار منه) أى من الاضحية (وندب ان يذبح بيده ان علم) المضحى (ذلك) أى الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره ولكن ينبغى أن يشهدها (وكره ذبح الكتابى) معناه اذا لم يأمره دل عليه قوله فى الكافى ولو أمر مسلم كتابيا بان يذبح أضحيته جاز ويكره ان يذبحها بدون امره ولو امر مجوسيا فذبح لم يجز (ولو غلطا وذبح كل) واحد منهما (أضحية صاحبه صح) عنهما (ولا يضمنان) استحسانا خلافا لزفر والقياس ان يضمن كل واحد منهما وان لا يجزيه عن الاضحية

وصاحب العشرين بعشرة ولا يتصدق صاحب العشرة بشئ وان أذن كل واحد منهم أن يذبحها عنه أجزأته ولاشئ عليهم در عن الينابيع (تكميل) كبش اسماعيل الذى جعله الله فداءله لما فرغ ابراهيم من ذبحه وسلخه قال لجبريل ما اصنع باللحم فقال له جبريل خل الثلث لاهل بيتك وأهد الثلث لمن تريد وتصدق بالثلث على الفقراء ولم يجد الخليل لذلك الكبش دما ولا عظما ولا زبلا بل كان شحما ولحما خالصا وكذلك خرفان الجنة كذا بخط شيخنا عن نصيحة الملوك للغزالى قال وهذا الكبش قد رعى فى الجنة اربعين خريفا ولهذا سمى فى الآية عظيما وهو الذى قربه هابيل فتقبل منه فيكون قد تقبل مرتين وذكر فى الخازن أن الخليل عليه السلام علق قرنيه فى الكعبة المشرفة فلما احترقت استارها والسقف فى زمن ابن الزبير احترقا ولو تمت تلك الذبيحة لصارت سنة وذبح الناس ابناءهم واستشهد ابو حنيفة بهذه القصة على ان من نذر ذبح ولده يلزمه ذبح شاة وقال فى حياة الحيوان الذبح هو الكبش والكبش فحل الضأن أى سن كان وقيل اذا أثنى وقيل اذا أربع والجمع اكبش وكباش (خاتمة) روى مسلم عن أبى سعيد الخدرى عنه عليه السلام انه قال اذا دخل اهل الجنة الجنة واهل النار النار جىء بالموت كأنه كبش املح فيوقف بين الجنة والنار ثم يذبح ويقال يا اهل الجنة خلود بلا موت ويا اهل النار خلود بلا موت ثم قرأ عليه الصلاة والسلام وأنذرهم يوم الحسرة اذ قضى الامر وانما جىء بالموت على صورة الكبش لما جاء أن ملك الموت اتى آدم فى صورة كبش املح قد نشر من اجنحته اربعمائة جناح قال مقاتل والكلبى فى قوله تعالى الذى خلق الموت والحياة خلقهما جسمين جعل الموت فى هيئة كبش لايمر على شئ الامات والحياة على صورة فرس أنثى بلقاء وهى التى كان جبريل والانبياء عليهم السلام يركبونها خطوها مد البصر لاتمر على شئ الاحيى وهى التى أخذ السامرى من ترابها فألقاه على العجل وهذه هى الحكمة فى فداء اسماعيل بكبش ليكون فداء من الموت بشكل الموت ولما سر برؤيته سر اهل الجنة بذبحه اراحة لهم منه ونقل القرطبى ان الذابح للكبش بين الجنة والنار يحيى بن زكريا بين يدى النبى صلى الله عليه وسلم اذ فى اسمه اشارة الى الحياة الابدية وذكر صاحب كتاب الفردوس ان الذى يذبحه جبريل كذا بخط شيخنا عن الدميرى فى حياة الحيوان والاملح هو الابيض على ما قدمناه فى باب الهدى عن الشرنبلالية معزيا للبدائع لكن نقل شيخنا عن فتح البارى لابن حجر ما نصه الاملح بالمهملة هو الذى فيه سواد وبياض والبياض أكثر ويقال هو الاغبر وهو قول الاصمعى وزاد الخطابى هو الابيض الذى فى خلل صوفه طبقات سود ويقال الابيض الخالص قاله ابن الاعرابى وبه تمسك الشافعية فى تفضيل الابيض فى الاضحية وقيل الذى يعلوه حمرة وقيل الذى ينظر فى سواد ويأكل فى سواد ويمشى فى سواد ويبرك فى سواد أى ان مواضع هذه منه سواد وما عدا ذلك ابيض ثم قال بعد ما ساق حديث عائشة وقال الخطابى قولها يطأ فى سواد الخ تريد أن اظلافه وموضع البروك منه وما احاط بملاحظة عينه من وجهه اسود وسائر بدنه ابيض انتهى بخط شيخنا والظاهر ان تقييد ابن حجر بالاضحية فى قوله وبه تمسك الشافعية الخ اتفاقى فليكن الابيض هو الافضل فى الهدايا أيضا عندهم

(كتاب الكراهية)

لقبه بذلك مع ان فيه غير المكروه لان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ولان دفع الفساد مقدم على جلب المصالح حموى (قوله وكراهية) وكذا كرها بفتح الكاف وضمها كذا فى المصباح قال فى شرح النقاية وهى أى الكراهة أعم من ان تكون كراهة تحريم او تنزيه وقد يذكر فيه المباح لدفع توهم كونه مكروها او يذكر الفرض ليعلم ان تركه حرام (قوله اذا لم ترده) مقتضاه ان الكراهة

(كتاب الكراهية) كرهه كراهة
هى مصدر كرهت الشئ أكرهه
وكراهية فهو مكروه اذا لم ترده ولم
ترضه

ضدّ الارادة وهومذهب المعتزلة وعند أهل السنة الكراهة ضدّ المحبة قال تعالى وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم الآية فجعل تعالى المكروه والمحبوب متقابلين فدل ان الكراهة ضدّ المحبة والرضا فالكفر والمعاصى بارادته لكنه لا يرضاها ولا يحبها كما قال تعالى ولا يرضى لعباده الكفر وماذكره الشارح تبع فيه صاحب المغرب وهو معتزلى وما كان ينبغى له نقل عبارته مقرا حموى (قوله المناسبة بين الكتابين الخ) فى البناية المناسبة بينهما ان الكراهة توجد فى عامة مسائل الاضحية أيضا الاترى ان التضحية فى ليالى ايام النحر مكروهة حموى وكذا تكره التضحية بالخرقاء والشرقاء وجز الصوف وحلب اللبن كما سبق (قوله ولهذا لقبه الخ) عبارة الزيلعى ولقبه القدورى بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباحه الشرع وما منعه ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظة الاستحسان احسن لان اكثر مسائل الاستحسان لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها انتهى والاستحسان اخراج المسائل الحسان وهو اشبه ما قيل فيه وان أكثر وافيه ويجىء الاستفعال لمعنى الافعال كما يقال اخرج واستخرج فكان الاستحسان ههنا احسان المسائل واتقان الدلائل فأما القياس والاستحسان المذكوران فى جواب مسائل الفقه فبيانهما فى أصول الفقه كذا بخط شيخنا عن طلبة الطلبة واحترز بقوله وهو اشبه ما قيل فيه عما قيل من انه ترك القياس والاخذ بما هو ارفق للناس وقيل هو طلب السهولة فى الاحكام فيما يبتلى به الخاص والعام (قوله المكروه الى الحرام اقرب عندهما) وهذا فى المكروه التحريمى وأما التنزيهى فالى الحل اقرب اتفاقا كما فى فتح باب العناية وانما كان الى الحرام اقرب لتعارض الادلة فيه وتغليب جانب الحرمة ولعل الخلاف لفظى وحاصله ان محمدا أطلق عليه حراما ولم يجعله حلالا لعدم قاطع بالحل وهما جعلاه حلالا لانه الاصل فى الاشياء ولعدم قاطع بحرمته قال فى شرح الوقاية قول محمد عندى اقوى فليتأمل كذا فى رمز المقدسى قال الحموى أقول وجه التأمل ان الخلاف اذا كان لفظيا لا يصح الحكم بأن قول محمد اقوى انتهى واعلم ان القريب من الحرام ما تعلق به محذور دون استحقاق العقوبة بالنار بل العتاب كترك السنة المؤكدة فانه لا يتعلق به عقوبة النار ولكن يتعلق به الحرمان من شفاعة النبى المختار عليه الصلاة والسلام لحديث من ترك سنتى لم تنله شفاعتى فترك السنة المؤكدة قريب من الحرام وليس بحرام در قلت وما سبق من ان الاصل فى الاشياء الحل عندهما يفيد اباحة الدخان (قوله وقال خلف بن يحيى المكروه الى الحلال اقرب) الظاهر ان عنهما روايتين احداهما ما فى المتن والثانية ان المكروه تحريما الى الحلال اقرب تغليبا لجانب الحل ومعنى كونه للحلال اقرب انه لا يعاقب فاعله أصلا لكن يثاب تاركه ادنى ثواب وفيه انه على هذا يلزم اتحاد المكروه تحريما بالمكروه تنزيها حموى (قوله ونص محمد ان كل مكروه حرام) لانه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة الا انه اذا وجد نصا يثبت القول فى المنصوص بالتحريم او التحليل وفى غير المنصوص يقول فى التحليل لا بأس به وفى الحرمة يكره والحرام هو الممنوع شرعا والحلال هو المطلق بالاذن شرعا كذا ذكره العينى وذكر الحموى ان قولهم لا بأس معناه الاذن والرخصة فيما لا نص فيه على الحل كما ان قول محمد يكره معناه الزجر والمنع عما لا نص فيه على الحرمة (قوله لانه لم تثبت حرمته بدليل قطعى الخ) فهو يسمى ما ثبتت حرمته بدليل قطعى حراما وما ثبت بدليل غير قطعى من خبر آحاد او قول صحابى او غير ذلك مكروها فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض وهذا فى كراهة التحريم أما كراهة التنزيه فهو فى مقابلة السنة كذا فى فتح باب العناية لمنلا على وقوله فنسبته الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض قيل فيه ان هذا انما يتأتى على قول محمد اه قال فى التنقيح والمكروه نوعان مكروه كراهة تنزيه وهو الى الحل اقرب ومكروه كراهة تحريم وهو الى الحرمة اقرب وعند محمد لا بل هذا حرام لكن بغير القطعى كالواجب مع الفرض كذا بخط شيخنا عن عزمى (قوله كما فى الحرام) فالحرام

المناسبة بين الكتابين ان الاضحية تشتمل على الواجب والسنة والكراهة وعلى الاصناف المختلفة وكذا الكراهية تتحقق فى الانواع المختلفة المشتملة على الواجب والحظر والاباحة ولهذا لقبها بعض المشايخ بكتاب الحظر والاباحة (المكروه الى الحرام اقرب) عندهما وقال خلف بن يحيى المكروه الى الحلال أقرب (ونص محمد ان كل مكروه حرام) والما لم يطلق عليه لفظه لانه لم تثبت حرمته بدليل قطعى كما فى الحرام

ما منع منه بدليل قطعي وتركه فرض كشرب الخمر والمسكر وما منع بظني وتركه واجب كأكل الضب واللعب بالشطرنج كما في الكشف والبدعة مرادفة للمكروه عند محمد قهستاني عن العمادية (تتمة) الوعد المعلق على شئ يظهر منه معنى الالتزام كما في قوله ان شفيت اجج فشفي يلزمه ولو قال اجج لم يلزمه بمجرده ولا اثم عليه اذا كان من نيته الوفا ثم طرأ مانع اما اذا وعد ومن نيته الخلف فحرام وهذا هو الذي من صفات المنافقين كذا بخط شيخنا معزيا للاشباه وحاشيتها للسيد الحموي وذكر في الدرر ان شرط صحة التعليق كون الشرط معدوما على خطر الوجود الخ ومن هنا يعلم أن ما في القنية وعده أن يأتيه فلم يأته لم يأثم محمول على ما اذا كان من نيته الوفاء ثم طرأ المانع (خاتمة) الكذب محظور الا في الحرب للخدعة وفي الصلح بين اثنين وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم ويكره التعريض به الا لحاجة ولا غيبة للظالم ولا اثم في السعي به ولا غيبة الا لمعلومين فان اغتاب أهل قرية فليس بغيبة كذا في شرح التسهيل لابن القاضي سماوية وقوله الا في الحرب للخدعة ليس على اطلاقه بل مقيد بما اذا لم يتضمن غدرا او نقض صلح كما سبق

(فصل في الاكل والشرب) الاكل والشرب لدفع الهلاك فرض ولو من ميتة او مال الغير وان ضمنه وللتمكن من الصوم والصلاة قائما مستحب والى الشبع مباح وما فوقه حرام الا أن يقصد قوة صوم الغد ولئلا يستحي ضيفه وكذا لا بأس بما زاد على الشبع ليتقايأ كان أنس بن مالك يأكل ألوان الطعام ويتقايأ فينفعه كذا في الشرنبلالية ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعفه عن أداء العبادة ولفظ المبتغى بالغين الفرض بقدر ما يندفع به الهلاك ويتمكن معه الصلاة قائما انتهى ولهذا تعقب القهستاني ما سبق في كون الاكل للتمكن من الصوم والصلاة قائما مستحبا بأن فيه اشعارا بجواز تقليل الاكل بحيث يضعف عن الفرض لكن المصرح به في الاختيار عدم الجواز انتهى بتصرف ولا بأس بأنواع الفواكه وتركه أفضل واتخاذ الاطعمة سرف دروعنه يعلم ما في عبارة الحموي في شرحه من الايهام وكذا وضع الخبز فوق الحاجة ومسح الاصبع والسكين بالخبز مكروه الا اذا أكل ما يمسح به ووضع المملحة عليه مكروه وسنة الاكل البسملة أوله والحمدلة آخره وغسل اليدين قبله وبعده ويبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الاكل ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية كذا بخط شيخنا عن الاختيار قال والمراد من الوضوء في قوله عليه السلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم غسل اليدين (قوله كره لبن الاتان) يعني الاهلية أي حرم كما في الزيلعي والاتان الانثى من الحمير ولا يقال اتانة وجمع القلة آتن مثل عناق وأعنق وجمع الكثرة اتن بضمتين حموي عن المصباح واعلم ان وجه حرمة لبن الاتان انه متولد من لحمه فصار مثله أما الوحشي فانه ولبنه حلال كما في الدر رلكن قوله لم يقل حرم لان فيه خلاف مالك تعقبه عزمي بأنه لا يرى له وجه صحة فان الملتزم في المتون الحنفية ذكر قول أبي حنيفة دون قول مالك فضلا عن قول مالك ولعل من قال لتعارض الادلة فيه أنسب الا أن يراد بخلاف مالك الاشعار بتعارض الادلة أيضا وقد يقال ضمير لم يقل عائد الى أبي حنيفة لكن لا يخفى ما فيه من الشناعة انتهى وفي تقييد الكراهة بلبن الاتان ايماء الى أن لبن الخيل لا يكره عنده وهو الصحيح كما سيأتي في الاشربة (فرع) الجدي اذا ربي بلبن الاتان قال ابن المبارك يكره أكله قال وأخبرني رجل عن الحسن قال اذا ربي الجدي بلبن الخنزير لا بأس به قال معناه اذا اعتلف أياما بعد ذلك كالجلالة كذا بخط شيخنا عن الخانية (فرع) آخر الزروع المسقية بالنجاسات لا تحرم ولا تكره عند أكثر الفقهاء (قوله من اناء ذهب وفضة) لقوله عليه السلام ان الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونار منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات كما في العناية وجوز نوح أفندي كلا من النصب والرفع والنص وان ورد في الشرب فالباقي بمعناه لاستواء الاستعمال وعليه الاجماع كذا في الشرنبلالية عن الاختيار وأقول فيه نظر لانه يقتضي

(فصل في الاكل والشرب) وغيرهما
(كره لبن الاتان) ولحمه وبول الابل
(د) (كره الاكل والشرب والادهان
والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل
والمراة) قيل صورة الادهان المحرم
أن يأخذ آنية الفضة او الذهب
ويصب الدهن على الراس

قصر ورود النص على الشرب مع انه ورد فى غيره أيضا ففى الزيلعى عن حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافها فانها لهم فى الدنيا ولكم فى الآخرة رواه البخارى ومسلم واحمد (تتمة) قال صاحب النهاية الصحفة اناء كالقصعة المبسوطة ونحوها والجمع صحاف انتهى من مناهى نوح أفندى (قوله أما اذا أدخل يده الخ) قال فى العناية وأرى انه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات انتهى قال شيخنا ويجاب بأن هذا استعمال معتاد فى المكحلة (قوله كذا فى شرح السيد للهداية) اعترض بأنه يقتضى انه لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم أكله منها وكذا لو أخذه بيده وأكله منها ينبغى أن لا يكره وليس كذلك والمراد فى الجواب عن الاعتراض المذكور هو الفرق بين الاستعمال المتعارف وغير المتعارف ولا حاجة الى ماذكره فى الدرر فى الجواب عن الاعتراض بقوله أقول منشأه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس الخ ماذكره وتبعه فى الدر للاستغناء عنه بما سبق ولان من العلماء من نظر فيه من وجهين أما أولا فلان عبارة أجلة المشايخ وقعت بكلمة فى دون من كالجامع الصغير والمحيط والذخيرة حتى ان عبارة الحديث الذى هو الاصل فى هذا الباب أخرجت بكلمة فى وأما ثانيا فلان المراد فى الجواب كما سبق هو الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره وهو يكفى فى ذلك من غير حاجة الى ضميمة الابتدائية كما ذكره عزمى وذكر العلامة الوانى متعقبا لصاحب الدرر ان ماذكره لا طائل تحته فان المنهى استعمال الذهب والفضة اذ الاصل فى هذا الباب قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتى حل لاناثهم ولما بين ان المراد من قوله حل لاناثهم ما يكون حليا لهن بقى ماعداه على حرمته سواء استعمله بالذات او بالواسطة ولو كان الامر كما قال لما وقعت هذه المسئلة فى عبارة المشايخ بدون كلمة من مع انها واقعة انتهى واقره العلامة نوح أفندى وأيده باطلاق الاحاديث الواردة فى هذا الباب (قوله لا من رصاص) لما فى البخارى وغيره انه صلى الله عليه وسلم توضأ من تور من صفر عينى رحمه الله والتور بتاء مثناة اناء صغير يشرب منه ويتوضأ منه مغرب (قوله وبلور) فيه لغتان كسر الباء مع فتح اللام مثل سنور وفتح الباء مع ضم اللام وهى أى اللام مشددة فيهما كذا بخط شيخنا عن الشلبى رحمه الله تعالى (قوله وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه يكره فيها أيضا) لوقوع التفاخر بها قلنا لا نسلم ولئن سلمنا فهى ليست فى معنى الذهب والفضة فلم تلحق بهما (قوله وحل الشرب من اناء مفضض) المفضض هو المرصع بالفضة كما فى النهاية والمضبب المشد ودبالضباب جمع ضبة وهى جريدة عريضة كما فى العناية وكذا المفضض من اللجام والركاب والثفر لا يكره كما فى الزيلعى قال فى الاختيار وأما اللجام من الفضة والركاب من الفضة فحرام لانه استعمل الفضة بعينها انتهى والثفر بالثاء المثلثة كما فى الصحاح (قوله عند أبى حنيفة) روى ان هذه المسئلة وقعت فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى وأبو حنيفة قاعد وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وأبو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من أين لك فقال أرأيت لو كان فى أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف الكل فتعجب أبو جعفر من جوابه درر قال فى المغرب ولقب أبو جعفر المنصور وهو الثانى من خلفاء بنى العباس بالدوانيقى لانه لما أراد حفر الخندق بالكوفة قسط على كل واحد منهم دانق فضة وصرفه فى الخندق انتهى (قوله ولكن يتقى موضع الفضة) يحتمل ان يراد به الاتقاء شربا فقط أو شربا وأخذا باليد ولما كان الراجح الاكتفاء باتقاء موضع الشرب فقط حمل الشارح كلام المصنف عليه حيث قال أى يتقى موضع الفم ثم حكى ما يقابله بقيل وكذا الزيلعى والعينى وشارح التنوير وعلى قارى على النقاية كل منهم حكى هذا المقابل أيضا بقيل

اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره كذا فى شرح السيد للهداية (لا من رصاص) اى لا يكره من رصاص معناه لا بأس من اناء رصاص (وزجاج وبلور وعقيق) وقال الشافعى يكره فيها ايضا (وحل الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسى مفضض) عند ابى حنيفة (و) لكن (يتقى موضع الفضة) اى يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس

ومافى الدرر من جزمه باتقاء موضع الاخذ باليد أيضا قال فى الشرنبلالية انه ضعيف واستدل بمافى الاختيار والجوهرة والهداية حيث حكوه بقيل و يشهد له أيضا جواب أبى حنيفة بمجلس أبى جعفر الدوانيقى اذلم يعتبر مكان الاخذ باليد أصلا واعلم انه يبتنى على ماهو الراجح من عدم اشتراط اتقاء موضع الاخذ ماذكره شيخنا من حل شرب القهوة من الفنجان فى نفس الفضة (قوله وقال أبو يوسف يكره ذلك) لان مستعمل جزء من الاناء مستعمل الاجزاء كما اذا استعمل موضع الذهب اوالفضة وللامام ان ذلك تابع ولامعتبر بالتوابع فلايكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص واحتج ابوحنيفة بماروى عن انس ان قدح النبى عليه السلام انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة زيلعى قال الاتقانى وكذلك الاختلاف فى المضبب من كل الاوانى وكذا الكرسى المضبب بالذهب اوالفضة ولا بأس بالجلوس عليه عند الامام اذالم يقعد على موضع الذهب وكذا اذا جعل ذلك فى السقف او المسجد اوجعل فى المصحف اوجعل المصحف مذهبا اومفضضا لايكره عندابى حنيفة خلافا لابى يوسف انتهى وكذا اذا جعل ذلك فى نصل سيف اوسكين اوفى قبضتها اولجام اوركاب ولم يضع يده موضع الذهب والفضة تنوير قال شيخنا يؤخذ من قول الاتقانى ولا بأس بالجلوس عليه اذالم يقعد على موضع الذهب كراهة الوسائد المنسوجة بالفضة اذا كانت تخلص بالنار واستند اليها انتهى (قوله وهذا الاختلاف فيما يخلص) هذا هوالمناسب خلافا لمافى الدرر من قوله اذا تخلص فان المناسب للمقام كماذكره عزمى كونه من الخلوص لامن التخلص (قوله فلا بأس به بالاجماع) لانه مستهلك فلاعبرة ببقائه لوناعينى (قوله حتى لو كان له اجير مجوسى اوخادم مجوسى الخ) كذاذكره المصنف فى الكافى ثم قال واصله ان خبر الكافر فى المعاملات مقبول بالاجماع لصدوره عن عقل ودين مانع من الكذب ومساس الحاجة الى قبوله لكثرة المعاملات وكونه من اهل الشهادة فى الجملة اى على مثله فهذا هوالقرينة على ان المراد بالحل والحرمة مايكون فى ضمن المعاملات لامطلقا كماتوهمه الزيلعى فقال وهذاسهو لان الحل والحرمة من العبادات ولايقبل قول الكافر فى الديانات وانما يقبل فى المعاملات والظاهر ان الزيلعى لم يطلع على كلام المصنف فى الكافى والالماوسعه الاعتراض عليه ثم رايت العلامة الوانى قال لقائل ان يقول هذا لايدفع الاعتراض عن ظاهر كلام الكنز (قوله لم يسعه ان يأكله) لكنه لايرد بقوله على بائعه شرنبلالية عن البزازية كمالواشتراه واخبره احد انه ذبيحة مجوسى قهستانى وذكر ابن القاضى سماوية مانصه شرى مسلم لحما فأخبره ثقة انه ذبيحة مجوسى ينبغى ان لايأكله ولايزول ملكه لان خبره يستلزم شيئين احدهما الحرمة فيقبل فيها فلايؤكل والآخر زوال الملك فلايقبل فيه انتهى فلهذا لايملك رده (قوله لكان اولى) دفعا للايهام (قوله ويقبل قول المملوك والصبى فى الهدية) لان الهدايا تبعث عادة على ايدى هؤلاء (قوله والاذن) أى اذن المولى لعبده والولى للصبى لانه لايمكن استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب فى الارض والمبايعة فى الاسواق (قوله يسعه ان يأخذها) ويجوزله الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانتا من الديانات صارتا تبعا للمعاملات زيلعى (قوله سواء كان حرا أوعبدا ذكرا اوانثى مسلما أوكافرا) ولوصبيا مميزا كمافى الزيلعى وانما كان كذلك لان المعاملات كثيرة واشتراط العدالة فيها يؤدّى الى الحرج فيشترط فيها التميز لاغير (قوله لافى الديانات) لانهالاتكثر وقوعا فلاحرج فى اشتراط العدالة ولاحاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم (قوله المعاملات مايكون فيمابين العباد) اعلم ان المعاملات تتنوع الى ثلاثة انواع كمانقله عزمى زاده عن الاخسيكثى وشارحه صاحب التنقيح الاول ماينفك عن الالزام كالوكالات والمضاربات والاذن فى التجارة والثانى مافيه الزام محض فى حقوق العباد كالحقوق التى تجرى فيها الخصومات والثالث مافيه الزام من وجه كعزل الوكيل وحجر المأذون ونحوهما ففى الاول يعتبر خبر كل مميز عدلا كان اوغير عدل ولوصبيا اوكافرا وفى الثانى يشترط العدد والعدالة ولفظ الشهادة وفى الثالث يشترط أحد شطرى الشهادة العدالة او العدد الخ فالمراد بالمعاملات هناهوالنوع

وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد
مروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف
فصار عنه روايتان وهذا الاختلاف
فيما يخلص فاما التمويه الذى لا يخلص
فلا بأس به بالاجماع (ويقبل قول
الكافر فى الحل والحرمة) حتى لو
كان له اجير مجوسى او خادم مجوسى
فارسله ليشترى له لحما فاشترى لحما
وقال اشتريته من يهودى او نصرانى
او مسلم وسعه اكله وان كان غير ذلك لم
يسعه ان يأكله واعلم ان قول الكافر
انما يقبل فيما اذا كان قوله متضمنا
لهما فاما اذا صرح بهما اولا يقبل
لانهما من الديانات وقول الكافر
لا يقبل فى الديانات فلو قال يقبل قول
الكافر فى اشتراء اللحم من يهودى
أو نصرانى لكان أولى (و) يقبل
قول (المملوك والصبى فى الهدية
والاذن) أى فى التجارة حتى لو قالت
امة لرجل بعثنى اليك مولاى هدية
وسعه أن يأخذها (و) يقبل قول
(الفاسق فى المعاملات) مطلقا سواء
كان حرا أو عبدا ذكرا أو انثى مسلما
أو كافرا (لا فى الديانات) المعاملات
ما يكون فيما بين العباد والديانات
ما يكون بين الرب والعبد

الاول منهما لا مطلقا ولهذا اعترض عزمى على صاحب الدرر بان فى عبارته خللا من جهة اطلاق المعاملات فى قبول قول كل مميز الخ بقى ان يقال لم يذكر الاخير يكتفى فى النوع الثانى الحرية مع انها شرط أيضا كما فى الزيلعى وقوله والثالث ما فيه الزام من وجه كعزل الوكيل وحجر المأذون ونحوهما كاخبار البكر بتزويج الولى فانه يلزمها العقد على تقدير ان تسكت ولا يلزمها على تقدير الرد وكذا الشفيع والمولى اذا اخبر بجناية عبده (قوله فالاول) أى المعاملات باعتبار احد الانواع لا مطلقا ولهذا مثل له بقوله مثل الوكالات الخ (قوله مثل الوكالات الخ) والشركات (قوله والاذن فى التجارات) صريح كلام الشارح ان كلا من التجارات والاذن فى التجارة يدخل فى المعاملات أى فى النوع الاول منهما كما سبق الكلام عليه خلافا لصاحب الدرر رحمه الله تعالى حيث ذكر الوكالة والاذن فى التجارة مقابلين للمعاملة مع انهما منها كما ذكره عزمى (قوله والثانى كالاخبار بحل الطعام وحرمته) فيقبل فيه خبر الواحد اذا لم يتضمن زوال الملك فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا اخبر رجل اوامرأة للزوجين بانهما ارتضعا من امرأة بل لا بد من شهادة رجلين اورجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا زوال الملك عناية اقول لو اخبره به قبل التزوج ينبغى أن لا يصح التزوج بها اذ ليس فى قبول خبره زوال الملك فيكفى الواحد ابن القاضى سماوية (قوله والشهادة بهلال رمضان) يعنى اذا كان بالسماء علة شلبى (قوله واخبار النبى) اطلقه فعم ما فيه عقوبة والحاصل ان خبر الرسول فيما لا عقوبة فيه يشترط فيه العدالة لا غير من غير خلاف واما خبره عليه السلام فيما فيه عقوبة كحد الزنى والشرب فكالاول عند ابى يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا لابى الحسن الكرخى حيث يشترط فيه التواتر عنده كما فى الزيلعى (قوله حتى لو اخبر فاسق الخ) والمستور كالفاسق فى الصحيح كما فى الزيلعى وعن ابى حنيفة يقبل قول المستور فى الديانات بناء على جواز القضاء بظاهر العدالة عنده ابن فرشته (قوله ووقع فى قلبه كذبه الخ) قيد بذلك لانه لو وقع فى قلبه صدقه يتيمم ولا يتوضأ به وان اراقه ثم تيمم كان احوط كما فى الزيلعى وكلامه يشير الى ان الحكم فى خبر الفاسق وكذا المستور التحرى والعمل باكبر الرأى (قوله جاز التوضؤ) والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء عناية ولو المخبر كافرا فتيمم قبل اراقته لم يجز تيممه بخلاف خبر الفاسق لصلاحيته ملزما فى الجملة در وكذا لو كان المخبر صبيا كما فى شرح التسهيل لابن القاضى سماوية ونصه لو كان المخبر صبيا او ذميا توضأ اذ خبرهما كالعدم لكونه من باب الالزام وليس لهما ذلك انتهى (قوله بخلاف العدل) ولو عبدا اوأمة فيقبل كما فى التنوير فيقبل قوله اذ مع العدالة الصدق راجح ولو اخبر عدل بطهارته وعدل بنجاسته حكم بطهارته بخلاف الذبيحة وتعتبر الغلبة فى أوان طاهرة ونجسة وذكية وميتة فان الاغلب طاهرا تحرى وبالعكس اواستويا لا الا لعطش وفى الثياب يتحرى مطلقا در (قوله ومن دعى الخ) اعلم ان وليمة العرس تكون بعد الدخول وقيل عند العقد وقيل عندهما ابن ملك فى شرح المشارق عند قوله عليه الصلاة والسلام أولم ولو بشاة كذا بخط شيخنا (قوله وغناء) هو عرفا ترديد الصوت بالالحان فى الشعر مع انضمام التصفيق المناسب فلم يتحقق الغناء بفقدان قيد من الثلاثة وهى كون الالحان فى الشعر وانضمام التصفيق ومناسبة التصفيق لها كذا فى القهستانى ثم رأيت بخط شيخنا ما نصه وقد قال بجواز السماع من الصحابة والتابعين خلق كثير وصرح فى النهاية شرح الهداية باباحة الغنا اذا كان يتغنى ليستفيد نظم القوافى و يصير فصيح اللسان قال وقال بعضهم اذا كان يتغنى ليدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس به قال و به أخذ شمس الائمة السرخسى وجزم به صاحب البدائع وعلله بأن السماع يرقق القلب وهو ظاهر كلام صاحب الذخيرة وأما سماع السادة الصوفية فيرتفع عن درجة الاباحة الى رتبة المستحب الخ (قوله بالمد) قال فى المختار الغناء بالكسر والمد من السماع و بالكسر والقصر اليسار ومثله فى صحاح الجوهرى مع زيادة قوله و بالفتح والمد النفع

فالاول مثل الوكالات والمضاربات والاذن فى التجارات والثانى كالاخبار بحل الطعام وحرمته وطهارة الماء ونجاسته والشهادة بهلال رمضان واخبار النبى صلى الله عليه وسلم حتى لو اخبر فاسق بنجاسته ووقع فى قلبه كذبه جاز التوضؤ بخلاف قول العدل كذا فى شرح القدورى (ومن دعى الى وليمة) والحال انه (ثمة لعب وغناء) بالمد

كذا بخط شيخنا وفى شرح الحموى عن النهاية للاتقانى ان الممدود يكتب بالالف والمقصور بالياء (قوله يقعد ويأكل) فان اجابة الدعوة سنة لقوله صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يترك لاقتران البدعة من غيره كصلاة الجنازة لاتترك لاجل النائحة درر وفى فتاوى قاضيخان اجابة الدعوة واجب اومندوب (قوله استماع القرآن بالالحان الخ) ليس على اطلاقه بل يحمل على ما اذا أخرج الحروف عن حقها قال فى الدر ضمن الفروع التى ذكرها قبيل كتاب احياء الموات الترجيع بالقرآن والاذان بالصوت الطيب طيب ان لم يزد فى الحروف وان زاد كره ويكره لمستمعه وقوله أحسنت ان لسكوته فحسن وان لتلك القراءة يخشى عليه الكفر ثم قال التغنى بالقرآن اذا لم يخرج بالحانه عن قدره وصحح فى العربية مستحسن اه واعلم ان استماع القرآن أثوب من قراءته كما فى منظومة ابن وهبان لان استماعه فرض بخلاف القراءة (قوله استماع الملاهى معصية) ومن ذلك ضرب النوبة للتفاخر فلو للتنبيه فلا بأس به اذا ضرب فى ثلاثة اوقات لتذكر ثلاث نفخات فبعد العصر اشارة الى نفخة الفزع وبعد العشاء الى نفخة الموت وبعد نصف الليل الى نفخة البعث در (قوله والتلذذ بها من الكفر) محمول على الزجر والتشديد كما فى كراهة الخانية اوالمراد كفران النعمة اوالاستحلال فان سمع بغتة يكون معذورا ويجتهد ان لايسمع لما روى من أنه عليه السلام ادخل اصبعه فى أذنيه لئلا يسمع صوت الشبابة (تتمة) اوّل من تغنى ابليس كما فى القهستانى واما الرقص والتواجد فأول من احدثه اصحاب السامرى لما اتخذ لهم عجلا جسدا له خوار قاموا يرقصون عليه و يتواجدون فهو دين الكفار وعباد العجل وأما القضيب فأول من احدثه الزنادقة ليشغلوا به المسلمين عن كتاب الله تعالى كذا فى تفسير القرطبى وفى الطريقة المحمدية قد نص القرآن على النهى عن الرقص فقال ولا تمش فى الارض مرحا والمرح المختال والرقص أشد المرح والبطر وفى الذخيرة الرقص كبيرة وفى البزازى حرمته بالاجماع وافتى جلال الملة والدين الكرلانى بان مستحله كافر فان قيل أليس من شعائر الحج الرمل فى الطواف والسعى قلنا انما شرع الرمل فى الحج لاظهار الجلد للمشركين وليس هذا موضع قياس والا لوجب ان يسن الرمل حول قبر المصطفى عليه الصلاة والسلام لانه أفضل من الكعبة كما ذكره فى اللمع للامام الطرطوشى وفى القهستانى عن السير الكبير للسرخسى كان عليه السلام يكره رفع الصوت عند قراءة القرآن والوعظ فما يفعله الذين يدعون الوجد والمحبة وهم متصوفة زماننا عند سماع الغناء حرام قال والوجد عبارة عن ان يبلغ الانسان الى حد لو ضرب فى وجهه بالسيف لايشعر بوجع الخ ثم رأيت بخط شيخنا أن من الفقهاء من منع من الرقص ومنهم من لم يمنع حيث وجد لذة الشهود وغلب عليه الوجد واستدلوا بما وقع لجعفر اخى سيدنا على بن أبى طالب لما قال له عليه السلام اشبهت خلقى وخلقى فحجل أى مشى على رجل واحدة وفى رواية رقص من لذة هذا الخطاب ولم ينكر عليه السلام رقصه فجعل ذلك أصلا لجواز رقص الصوفية عندما يجدونه من لذة المواجيد فى مجالس الذكر والسماع وفى التتارخانية مايدل على جوازه للمغلوب الذى حركاته كحركات المرتعش وبهذا أفتى البلقينى و برهان الدين الابناسى وبمثله اجاب بعض الحنفية والمالكية ومحل ذلك اذا خلصت النية وكانوا صادقين فى الوجد مغلوبين فى القيام والحركة عند شدة الهيام والشئ تارة يتصف بالحلال وتارة بالحرام باختلاف المقصد الخ

(فصل فى اللبس وغيره) قدم الاكل والشرب لشدة الحاجة اليه ثم اللبس كذلك بالنسبة لما بعده حموى (قوله حرم للرجل) أى عليه ولو عبر به لكان أولى حموى (قوله مطلقا) يعنى فى الحرب وغيره حموى فالاطلاق فى مقابلة ماسيأتى من قول الشارح وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بلبس الديباج والحرير فى الحرب وكذا يدخل تحت الاطلاق لبس الحرير بحائل بينه و بين بدنه على المذهب الصحيح وعن الامام انما يحرم اذا مس الجلد قال فى القنية وهى رخصة عظيمة فى موضع عمت به البلوى در

(قوله

(يقعد ويأكل) هذا اذا كان الغناء واللعب فى ذلك المكان لا على المائدة فان كان على المائدة لا ينبغى أن يقعد وهذا اذا كان الرجل خامل الذكر لا يشين الدين قعوده واما اذا كان مقتدى به مشارا اليه فلا ينبغى أن يقعد بل يخرج ويعرض عنهم ان لم يقدر على النهى والتغيير وهذا اذا علم بذلك بعد حضور فاما اذا علم بذلك قبل الحضور فانه لا ينبغى أن يحضر وقال مشايخنا استماع القرآن بالالحان معصية والتالى والسامع آثمان وروى صاحب الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر (فصل فى اللبس) وغيره (حرم للرجل) مطلقا

(قوله لا للمرأة) لانه عليه الصلاة والسلام احل الذهب والحرير للاناث وحرم على ذكورها عيني (قوله لبس الحرير) بضم اللام حموي الا لدفع قمل أو حكة كما في الاشباه كذا المصبوغ من غير الحرير بزعفران أو عصفر أو ورس فانه مكروه للرجال كما في الشرنبلالية عن البزازية وقال في الاختيار يكره الاحمر والمعصفر لانه عليه السلام نهى عن لبس المعصفر انتهى وصرح في التحفة بالحرمة فأفاد أن الكراهة تحريمية وهي المحمل عند الاطلاق لكن في المجتبى والقهستاني وشرح النقاية لابي المكارم لا بأس بلبس الثوب الاحمر انتهى ومفاده أن الكراهة تنزيهية در وقال في الشرنبلالية والكراهة تنزيهية محمولة على ارادة التشبه بالنساء أو التكبر وتنتفي بانتفائها لقول الائمة الثلاثة بحل لبس الاحمر وهم أبو حنيفة ومالك والشافعي لانه عليه السلام لبس الحلة الحمراء وتأويلها بذات الخطوط مردود للدليل القطعي المثبت حله لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد لانه عام فيكون جاريا على عمومه وللشرنبلالي رسالة في جواز لبس الاحمر ذكر فيها ثمانية أقوال منها انه مستحب والسنة في الثوب ان يكون الى نصف الساق وكمه الى رؤس الاصابع ولبس الاخضر سنة قهستاني (قوله والديباج) هو ثوب سداه ولحمته حرير ويقال هو معرب ثم كثر حتى اشتقت منه العرب فقالوا دبج الغيث الارض دبجا اذا سقاها فأنبتت ازهارا مختلفة واختلف في الياء فقيل زائدة وقيل أصلية حموي عن المصباح (قوله الا قدر اربعة أصابع) أي عرضا كما في الشرنبلالية وفي شرح المقدسي عن الكرماني رحمه الله العلم في العمامة في مواضع يجمع وقال الحلواني لا يجمع وقال الاسبيجابي في القلنسوة كذلك وعن محمد لا يسع في القلنسوة عدم الجمع لان أبا حنيفة رخص في العلم في عرض الثوب قال صاحب المجتبى وهذا يدل على ان القليل في طوله يكره وقال محمد العلم عفو أي مقدار كان انتهى قال شيخنا أي سواء كان في عرض الثوب أو طوله كما اقتضاه الاطلاق وسواء كان اربعة أو اكثر بمنطوق أي مقدار كان قال وهذا يفيد حل السجاف وعدم كراهته انتهى وفي شرح المقدسي المراد بالاصابع أصابع عمر لا مضمومة كل الضم ولا منشورة كل النشر أي على هيئتها كما هي وقال الكرماني منشورة قال الكرابيسي وهذا أولى انتهى وفي الزيلعي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر اربعة اصابع وفي التنوير وشرحه لا بأس بكلة ديباج للرجال والكلة بالكسر الناموسية لانه ليس بلبس وتكره التكة منه في الصحيح وقيل لا بأس بها وكذا في القلنسوة وان كان تحت العمامة والكيس الذي يعلق واختلف في عصب الجراحة به ولا بأس بعروة القميص وزره من الحرير لانه تبع وفي التتارخانية لا بأس بازار الديباج والذهب وما في مختصر الطحاوي لا يكره علم الثوب من الفضة ويكره من الذهب استشكله في الدر ومال الى عدم الكراهة مطلقا وقال وللانسان ان يزين بيته بالديباج ويتجمل بأواني الذهب والفضة بلا تفاخر واعلم ان الاصبع مؤنثة وكذلك سائر أسمائها مثل الخنصر والبنصر قال السيد الحموي وفي كلام ابن فارس ما يدل على جواز تذكير الاصبع فانه قال الاجود في اصبع الانسان التأنيث وقد مشى المصنف هنا على التذكير حيث أثبت التاء في أربعة وعلى التأنيث في باب المسح (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الخ) هذا اذا كان يحصل به اتقاء العدو في الحرب فلو كان رقيقا لا يحصل به الاتقاء لا يحل لبسه بالاجماع لعدم الفائدة كذا في الجوهرة وظاهر الهداية يفيد غير ذلك حيث علل المسئلة بأن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه كذا في الشرنبلالية للصاحبين انه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج في الحرب وله اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه عيني (قوله لا بأس بلبس الديباج والحرير) عطف الحرير على الديباج من عطف المغاير لان المراد بالحرير ما سداه حرير ولحمته قطن والمراد بالديباج ما سداه ولحمته حرير حموي (قوله وحل توسده وافتراشه) والنوم عليه در لان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من الاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما نموذجا زيلعي بخلاف اللحاف لانه مثل

(لا للمرأة لبس الحرير) والديباج (الا قدر أربعة أصابع) الحرير الطبوخ ثم سمي المنقد (الابريسم كذا في المغرب وقال منه حريرا) كذا في الرجال أيضا بعض الناس يحل للرجال وحرام على بعض الفقهاء وهو ... وقال أيضا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بلبس الديباج والحرير في الحرب (وحل توسده وافتراشه)

اللبس فى التنعم عينى على التحفة (تتمـة) النموذج مثال الشئ والانموذج لحن نوح افندى عن القاموس (قوله أى حل جعل الحرير وسادة الخ) لا جعله دثارا أو ازارا فانه يكره بالاجماع وكذا الجلوس على الفضة حرام بالاجماع در عن السراج وشرح المجمع فاذا كان الازار من الحرير مكروها بالاجماع فماسبق عن التتارخانية لا بأس بازرار الديباج والذهب مشكل ولعل الصواب فى عبارة التتارخانية تعبير الازار بالازرار (قوله وفراشا) ليس المراد بافتراشه ما يعم حال ارادة الصلاة عليه ولهذا نقل السيد الحموى عن شرح النظم الهاملى للحدادى ان الصلاة على الثوب الحرير تكره للرجال انتهى قال وظاهره ان السجادة الحرير لغير الصلاة لا يكره الجلوس عليها انتهى (قوله خلافا لهما) وهو الصحيح كما فى المواهب لكنه خلاف المشهور در لما روى عن حذيفة انه عليه السلام نهانا عن لبس الحرير والديباج وان نجلس عليه وبه قالت الثلاثة وذكر القدورى الخلاف كما ذكره الشارح وكذا صاحب المنظومة والمجمع وذكر فى الجامع الصغير الخلاف بين محمد وأبى حنيفة وذكر أبو الليث أبا يوسف مع أبى حنيفة وله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة حرير والمرفقة بكسر الميم كما فى العناية وسادة الاتكاء (قوله وحل لبس ماسداه حرير الخ) لان الصحابة لبسوا مثل هذا عينى ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة أو نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هى التى تظهر فى النظر فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى زيلعى لكن يكره ماسداه ظاهر وقيل لا يكره شرنبلالية عن المواهب قال وفى الاختيار سوى بين القولين حيث قال وماسداه ظاهر قيل يكره لان لابسه فى منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء وقيل لا يكره اعتبارا باللحمة انتهى والاصح اعتبار اللحمة كما يعلم من العزمية بل فى المجتبى أكثر المشايخ أفتوا بخلافه أى بخلاف القول بالكراهة در والسدى وزان حصى بفتح السين والدال من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمد طولا فى النسج نوح أفندى (قوله ولحمته الخ) لحمة الثوب ما ينسج عرضا بالفتح والضم لغة وقال الكسائى بالفتح لا غير واللحمة بالضم القرابة والفتح لغة شلبى (قوله فى الحرب فقط) بالاجماع للضرورة لما سبق من انه اهيب وأدفع لمعرة السلاح ويكره فى غيره لانعدامها ولم أر ما لو خلطت اللحمة بابريسم أو غيره والظاهر اعتبار الغالب كما فى الدر (قوله الخز اسم دابة الخ) فى الدر عن شرح المجمع الخز صوف غنم البحر انتهى (قوله ثم سمى المتخذ من وبره خزا) يعنى مجازا من اطلاق اسم الكل على البعض حموى (قوله ولا يتحلى الرجل بالذهب) لما ورد من انه عليه الصلاة والسلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور أمتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم كما فى الدرر فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان اشارة الى جزئيين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس وائن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتى لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية لان التقييد نسخ فالجواب انه مشهور متفق عليه تلقته الائمة بالقبول فجاز التقييد به عناية (قوله الا بالخاتم) من الفضة والسنة أن يكون قدر مثقال فمادونه ويجوز أن يجعل فصه عقيقا أو فيروزجا أو ياقوتا ونحوه وان ينقش عليه اسمه أو اسما من أسمائه تعالى ولو كان خاتم الفضة كهيئة خاتم النساء بأن يكون له فصان أو ثلاثة كره استعماله للرجال شرنبلالية عن البزازية والاختيار وكان خاتمه عليه الصلاة والسلام فضة نقشه محمد رسول الله حموى (قوله والمنطقة) بكسر الميم اسم لما تسميه الناس بالحياصة شلبى عن المصباح أى التى طرفاها من الفضة حموى وفى القنية عن أبى الفضل الكرمانى لا بأس باستعمال منطقة حلقتاها فضة وقال الشمنى أما المنطقة فلما فى عيون الاثر لابى الفتح اليعمرى أنه عليه الصلاة والسلام كان له منطقة من اديم مبشور ثلاث حلقها وابزيمها وطرفها فضة والمبشور الذى أخذت بشرته أى ظاهره انتهى واليعمرى نسبة الى بطن من كنانة كما فى اللب كذا بخط شيخنا وقد وقع السؤال عن فضة المنطقة هل هى مقدرة أم لا ثم رأيت فى القهستانى ما يفيد انها غير مقيدة

بعدم

أى حل جعل الحرير وسادة وفراشا عند أبى حنيفة خلافا لهما يقال توسده اذا جعله تحت رأسه وكذا الخلاف فى ستر الحرير وتعليقه على الابواب والجدران (و) حل (لبس ماسداه حرير ولحمته قطن أو خز) فى الحرب وغيره (وعكسه حل فى الحرب فقط) أى لا فى غيره الخز اسم دابة من البحر ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا كذا فى المغرب (ولا يتحلى الرجل بالذهب) ولا بالفضة الا بالخاتم والمنطقة

بعدم الكثرة على الراجح حيث قال وقيل ان كثرت يكره كما فى المنية الخ (قوله وحلية السيف) بشرط أن لا يضع يده على موضعها من الفضة عينى على التحفة وحمائل السيف من جملة حليته شرنبلالية عن البزازية (قوله الى باطن كفه) ويجعله فى خنصر اليسرى لا اليمنى لانه من شعار الروافض درر وسوى الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمنى واليسرى وهو الحق لاختلاف الروايات عنه عليه السلام فى ذلك عينى (قوله والافضل لغير السلطان والقاضى الخ) قلت ويلحق بالسلطان الملك والامير حموى ومقتضاه المغايرة بين السلطان والملك (قوله وحرم التختم بالحجر) لانه يتخذ منه الاصنام فأشبه الصفر المنصوص عليه اذ روى انه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر فقال مالى أرى منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالى أرى عليك حلية أهل النار وعن ابن عمران رجلا جلس الى النبى صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة والسلام هذا شر منه زيلعى واعلم ان ماذكره المصنف من تحريم التختم بالحجر ليس على اطلاقه فى الصحيح ولهذا استثنى العينى الحجر الذى يقال له يشب قال وهو الاصح ثم قال ولا بأس بالعقيق فى الاصح وعمم منلا خسرو وأطال فى رد القول بالحرمة لان حل العقيق لما ثبت من فعله عليه الصلاة والسلام وقوله فانه صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ثبت حل سائر الاحجار لعدم الفرق بين حجر وحجر ومافى الجامع الصغير من قوله ولا يتختم الا بالفضة ليس نصا فى حرمة التختم بالحجر لانه يحتمل أن يكون القصر بالاضافة الى الذهب فانه المتبادر والحاصل ان التختم بالحجر حلال على اختيار شمس الائمة وقاضيخان أخذا من قول الرسول وفعله وحرام على اختيار صاحب الهداية والكافى أخذا من ظاهر عبارة الجامع الصغير المحتملة لكون القصر فيها بالنسبة الى الذهب ولا يخفى ما بين المأخذين من التفاوت انتهى (قوله سواء كان يشبا أوغيره) الاصح انه لا بأس بالتختم باليشب كما قال السرخسى كذا ذكره الحموى وفيه تأمل لانه يقتضى قصر عدم الحرمة على اليشب فقط فيخالف ما يذكره الشارح حيث قال وقال شمس الائمة السرخسى لا بأس باليشب كالعقيق (قوله والحديد) وكذا الرصاص والقزير سواء تختم به رجل أو امرأة والصفر بالضم النحاس يعمل منه الاوانى قال أبو عبيد والعامة تقول بالكسر حموى واذا ثبت كراهة لبسها للتختم ثبت كراهة بيعها وصيغها لما فيه من الاعانة على مالا يجوز درعن شرح الوهبانية تتمة اختلف فى جواز التحلى باللؤلؤ ونحوه كالياقوت بالنسبة للرجال فمنهم من أجاز كصاحب المنية وجزم فى الجوهرة بالحرمة وحمل فى المنح مافى المنية على قوله ومافى الجوهرة على قولهما قال وقد رجحوا قولهما فى الكافى قولهما أقرب الى عرف ديارنا وعليه الفتوى معللا بأن اللؤلؤ ونحوه من حلى النساء درقبيل كتاب احياء الموات (قوله وقال بعض الناس الخ) لان الذهب والفضة من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل التختم باحدهما حل بالآخر قلنا اندفعت الضرورة بالادنى فلا يصار الى الاعلى زيلعى (قوله واليشب بفتح الياء الخ) وبالباء آخره وقيل بالفاء وقيل بالميم قهستانى (قوله وحل مسمار الذهب الخ) لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله عينى (قوله وحل شد السن بالفضة) ظاهر اطلاقه عدم الفرق بين ما اذا شدها قبل السقوط او بعده وهو قول ابى يوسف وعند الامام يكره شدها بعد السقوط قال فى الخانية وان سقطت ثنية الرجل قال أبو حنيفة يكره ان يعيدها و يشدها ولكن يأخذ سن شاة ذكية و يشدها مكانها وقال أبو يوسف لا بأس بان يشد ثنيته فى موضعها الخ (قوله لا بالذهب) لان المحرم لا يباح الا للضرورة وهى تندفع بالفضة عينى (قوله وهذا عندهما) كذا فى الزيلعى والدرر والدرر خلافا للعينى حيث جعل هذا مذهب أبى حنيفة فان قلت يمكن تصحيح كلام العينى بحمله على ماذكره الشارح والزيلعى من ان مذهب محمد رواية عنهما قلت يأباه قوله وقالا اى الصاحبان يجوز بالذهب لجعله الجواز قول أبى يوسف مع انه رواية فقط (قوله وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا) لما روى ان عرفجة بن سعد أصيب انفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبى ان يتخذ أنفا من ذهب

وحلية السيف من الفضة) ويجعل
الفص الى باطن كفه بخلاف النساء
حيث يجوز لهن جعل الفص الى ظاهر
الكف (والافضل لغير السلطان و)
لغير (القاضى ترك التختم وحرم التختم
بالحجر) مطلقا سواء كان يشبا أوغيره
(والحديد والصفر والذهب) وقال
بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب
وقال شمس الائمة السرخسى لا بأس
باليشب كالعقيق واليشب بفتح الياء
وسكون الشين المعجمة حجر يميل الى
الصفرة ويتخذ منه خاتم (وحل
مسمار الذهب و) هو الذى (يجعل
فى حجر الفص) أى فى ثقبه (و) حل
(شد السن بالفضة) اذا تحرك
(لا بالذهب) وهذا عندهما وقال
محمد لا بأس بالذهب أيضا وهو رواية
عنهما

وبه قالت الثلاثة قلنا الكلام فى السن والمروى فى الانف ولا يلزم من عدم الاغناء فى الانف عدم الاغناء فى السن على انه يحتمل ان عرفجة قد خص به زيلعى وغيره كالعينى وفى الشرنبلالية عن المواهب ذكر ان الخلاف فى شد السن اما اتخاذ الانف من الذهب فلا خلاف فى جوازه لكن ذكر الاسبيجابى الاختلاف فى الانف أيضا وماذكره الاتقانى حيث استبعد كلام الاسبيجابى لما يلزم عليه من مخالفة الامام للحديث رده المقدسى بان الاسبيجابى حجة فى النقل واستبعاده مخالفة الامام للحديث ساقط لانه قابل للتأويل واحتمال التخصيص واعلم ان كلاب على وزن غراب ماء لبنى تميم وكان به وقعة مشهورة بين العرب قبل البعثة بخمس سنين وهو عن اليمامة لستة أميال شلبى عن المصباح ونقل عن الاتقانى انه اسم واد بين الكوفة والبصرة (قوله وكره الباس الخ) لان حرمة اللبس لما ثبتت فى حق الذكور حرم الالباس أيضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها درر (قوله لا الخرقة) لوضوء ومخاط ونحوهما كمسح العرق والوضوء بفتح الواو بلل الوضوء ابن كمال باشا وانما لا يكره حملها لان المسلمين قد استعملوا فى عامة البلدان مناديل لذلك ومارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولو حملها بلا حاجة يكره كالتربع والاتكاء لا يكرهان لحاجة ويكرهان بدونها درر (قوله والرتم) بالتحريك دليل جوازه انه عليه الصلاة والسلام أمر به بعض اصحابه ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان شرنبلالية عن الهداية (قوله ويسمى ذلك الرتيمة) بخلاف التميمة وهى خيط كان يربط فى العنق أو فى اليد فى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهى عنه وفى حدود الايمان انه كفر لحديث ان الرقى والتمائم شرك حموى وهذا محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر وسيأتى لهذا مزيد بيان (قوله وهو خيط التذكر) الاضافة لادنى ملابسة قال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير انه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك ويسمى ذلك الخيط رتمة بالفتحات الثلاث وجمعها رتم بالفتحات أيضا ويسمى رتيمة أيضا وجمعها رتائم كذا ذكره أبو عبيد وقال ابن دريد فى الجمهرة والرتيمة شئ كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجل اذا أراد سفرا عمد الى شجرتين متقاربتين فيعقد غصنين منهما فاذا رجع من سفره فان كان الغصنان بحالهما علم انه لم يخن فى أهله وان كانا منحلين ظن باهله سوأ حموى

(فصل فى النظر والمس) (قوله فبدأ بالفصل الاخير) يعنى من فصول القسم الرابع حموى (قوله لا ينظر الى غير وجه الحرة الخ) أى لا يجوز النظر الى غير وجه الحرة وكفيها وليس فى كلام المصنف التعرض على النظر الى هذين العضوين كما ادعاه الزيلعى واعلم أن اطلاق قول المصنف لا ينظر الى غير وجه الحرة الخ متناول لما اذا كان الناظر للحرة عبدها وبه صرح فى الدرر حيث قال لمملوكها ان ينظر الى وجه سيدته وكفها لا قدميها انتهى وسيذكره المصنف آخر هذا الفصل بقوله وعبدها كالاجنبى وانما جاز النظر اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال على وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما اريد بالزينة محلها ولان فى ابدائهما ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغير ذلك من المخالطة كالمشى فى الطريق زيلعى وحموى وكما لا يجوز النظر فكذا الخلوة قال فى الدر عن الاشباه الخلوة بالاجنبية حرام الا لملازمة مديونة هربت ودخلت خربة وفيما اذا كانت عجوزا شوهاء وفيما اذا كان بينهما حائل وفيه تنبيه الخلوة بالمحرم مباحة الا الاخت من الرضاع والصهرة الشابة (قوله وكفيها) فيه اشارة الى ان القدم عورة وفيه خلاف ففى الهداية الاصح انه ليس بعورة وقيل الصحيح انه عورة فى حق النظر والمس وليس بعورة فى حق الصلاة والمشى جوهرة (قوله مطلقا) أى سواء كانت شابة أو عجوزا حموى (قوله ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها الخ) لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى وقال عليه السلام من مس كف امرأة ليس بينهما سبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة كذا بخط شيخنا (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يباح النظر الى قدميها) لان فى تغطيتهما بعض الحرج عينى (قوله وعن أبى يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها) لانه يبدو منها

(وكره الباس ذهب وحرير صبيا)
(لا الخرقة لوضوء ومخاط) أى
لا يكره حملها للوضوء والمخاط ويقال
لها بالفارسية دستارچه وفى الجامع
الصغير يكره حملها للمسح بها العرق
والصحيح انه لا يكره وحاصله ان من
فعل شيئا تكبرا فهو مكروه ومن فعل
ذلك لحاجة أو ضرورة لا يكره (و) لا
(الرتم) ويسمى ذلك الرتيمة وهو خيط
التذكر يعقد على الاصابع للحاجة
وهو من عادة العرب
(فصل فى النظر والمس) وغيرهما
اعلم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر
الرجل الى الرجل والمرأة الى المرأة
والمرأة الى الرجل والرجل الى المرأة وهذا أربعة فصول
نظر الرجل الى زوجته ومملوكته والى
ذوات محارمه والى اماء الغير و
الحرة الاجنبية فبدأ بالفصل الاخير
فقال (لا ينظر الى غير وجه الحرة)
الاجنبية (وكفيها) مطلقا ولا يحل
له ان يمس وجهها ولا كفيها وان
كان أمن الشهوة وروى الحسن عن
أبى حنيفة انه يباح النظر الى قدميها
وعن أبى يوسف انه يباح النظر
الى ذراعيها أيضا

عادة كذا ذكره العينى مطلقا لكن فى الدرعن التتارخانية قيده بما اذا أجرت نفسها وما عدا ما استثنى من الاعضاء لا يجوز النظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينيه الآنك يوم القيامة والآنك الرصاص كما فى العناية (قوله هذا اذا لم يكن النظر عن شهوة) تقييد لاطلاق المصنف جواز النظر الى الوجه والكفين (قوله فان كان يعلم الخ) فيه ان العلم ليس بقيد فلو قال كما فى التنوير فان خاف الشهوة او شك امتنع نظره لكان اولى (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى) تقييد للاطلاق فى قوله ولا يحل له ان يمس وجهها الخ (قوله وان كان لا يأمن عليها من ان تشتهى لم يحل) حاصله انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مأمونين وفى رواية يكتفى بان يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة ووجه الاول ان الشاب اذا كان لا يشتهى مس العجوز فالعجوز تشتهى مس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدى الى الاشتهاء من احد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لان الكبير كما لا يشتهى بمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضا بمسه زيلعى وهو ظاهر فى ترجيح الاول ولهذا جزم به الشارح (قوله الا الحاكم والشاهد) وجه جواز النظر ولو مع خوف الشهوة ضرورة احياء الحقوق (قوله اذا أراد الشهادة) فيه تقييد للاطلاق فى كلام المصنف اذ الشاهد باطلاقه يشمل ما اذا كان يريد التحمل ووجه عدم الجواز اذا أراد التحمل على ما هو الاصح كما سيذكره الشارح عدم الضرورة لوجود من لا يشتهى (قوله ينبغى) أى يجب كما فى الزيلعى حموى (قوله ان يقصد أداء الشهادة الى آخره) أى يقصد كل من الحاكم والشاهد الناظرين الى وجهها بشهوة أداء الشهادة والحكم عليها فأداء الشهادة يتعلق بنظر الشاهد والحكم عليها يتعلق بنظر الحاكم وحينئذ فليس فى عطف قوله والحكم عليها على أداء الشهادة تأمل خلافا لما ذكره السيد الحموى (قوله ولا يقصد قضاء الشهوة) أى ولا يقصد كل من الحاكم والشاهد بالنظر اليها قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الامكان (تنبيه) لم ينص المصنف على الكلام مع الاجنبية وقال فى الجوهرة ان عطست وكانت عجوزا شمتها والا فلا وكذا رد السلام عليها على هذا انتهى شرنبلالية (قوله وكذا اذا أراد ان يتزوجها) أو اراد شراءها در وسيأتى ما يفيده (قوله فلا بأس بان ينظر اليها وان كان يشتهيها) لما روى عنه عليه السلام انه قال للمغيرة لما أراد ان يتزوج امرأة أبصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما وما فى الدرر من قوله اذا أردت أن تتزوج تعقب بانه مخالف للروايات المذكورة فى النهاية وغيرها وقوله فانه احرى ان يؤدم بينكما أى ان يكون بينكما المحبة والاتفاق والهاء فى فانه راجع الى مصدر أبصر كقوله من أحسن كان خيرا له والمعنى فان الابصار أولى بالاصلاح وايقاع الالفة والوفاق بينكما عزمى فاحرى ليس افعل تفضيل كذا بخط شيخنا (قوله وينظر الطبيب الى موضع مرضها) بقدر الضرورة اذ الضرورات تتقدر بقدرها وكذا نظر قابلة وختان درر (قوله ولكن ينبغى ان تعلم المرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس اخف الا ترى ان المرأة تغسل المرأة بعد موتها دون الرجل درر (قوله ويغض بصره) من غضضت الشئ اذا كففته عزمى (قوله والهزال الفاحش) لانه امارة مرض السل (قوله وبهذا تبين الخ) أى بما ذكر خصوصا رواية حتى يجاوز ركبتيه حموى (قوله وقال أصحاب الظواهر العورة من الرجل موضع السوءة) أى القبل والدبر (قوله وان رآه مكشوف الفخذ انكر عليه) أى بعنف درر (قوله وادبه على ذلك) أى ادبه بالضرب ان أصر درر (قوله وتنظر المرأة للمرأة والرجل الخ) حتى يجوز للمرأة ان تنظر منهما الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال كذا فى الدرر وهو ظاهر فى انه لا يجوز لها النظر ان لم تأمن الشهوة وبه جزم فى الدر وقيل يجوز لها النظر مطلقا لكن يستحب لها ان تغض بصرها عند عدم الامن وبهذا القيل جزم الشارح فيما سيأتى قريبا والذمية كالرجل الاجنبى فى الاصح فلا تنظر الى بدن المسلمة وكل عضو لا يجوز النظر اليه قبل

هذا اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى شئ منها وهذا اذا كانت شابة تشتهى فان كانت عجوزا فلا بأس بمصافحتها ومس يدها وكذا ان كان شيخا يأمن على نفسه وعليها فلا بأس بأن يصافحها وان كان لا يأمن عليها من أن تشتهى لم يحل له أن يصافحها والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها (ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم) اذا أراد الحكم (والشاهد) اذا أراد الشهادة عليها وان خافا أن يشتهياها ولكن عند النظر ينبغى أن يقصدا أداء الشهادة والحكم عليها ولا يقصدا قضاء الشهوة وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى فقيل مباح والاصح انه لا يحل وكذا اذا أراد أن يتزوجها فلا بأس بأن ينظر اليها وان كان يشتهيها (وينظر الطبيب الى موضع مرضها) ولكن ينبغى أن تعلم المرأة مداواتها فاذا لم يجدوا امرأة تداوى تلك المرأة ولم يقدروا على امرأة تعلم ذلك اذا علمت وخافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله فلا بأس بأن يستر منها كل عضو سوى موضع المرض ثم يداويها الرجل ويغض بصره ما استطاع وكذا ينظر الرجل الى موضع الاحتقان من الرجل عند الحاجة اليه ويجوز الاحتقان للمرض والهزال الفاحش وأما نظر الرجل الى الرجل فانه يجوز كما قال (وينظر الرجل الى) كل بدن (الرجل الا الى العورة) وهى ما بين سرته الى ركبته وفى رواية ما دون سرته الى ركبته حتى يجاوز ركبتيه وبهذا تبين ان السرة ليست بعورة والركبة عورة خلافا للشافعى فيهما وقال أصحاب الظواهر العورة من الرجل موضع السوءة وأما الفخذ فليس بعورة ثم حكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفيه أخف منه فى السوءة حتى ان من رأى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه ان لج وان رآه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضرب ان لج وان رآه مكشوف السوءة أمره بستر العورة وأدبه على ذلك ان لج وما يباح النظر اليه من الرجل يباح المس وأما نظر المرأة الى الرجل والى المرأة فانه يجوز كما قال (و) تنظر (المرأة للمرأة والرجل)

الانفصال لا يجوز بعده ولو بعد الموت كشعر عانة وشعر رأسها وعظم ذراع حرة ميتة وساقها وقلامة ظفر رجلها دون يدها مجتبى وفيه النظر الى ملاءة الاجنبية بشهوة حرام تنوير وشرحه (قوله بالجر) انما قال بالجر لئلا يتوهم قراءته بالرفع في بادي النظر قبل التأمل حموي (قوله ولو كان الناظر هو الرجل اليها) أي الى ما يجوز له النظر منها وهو الوجه والكف (قوله وهو بهذه الصفة) أي كان في قلبه شهوة أو اكبر رأيه ان يشتهي أو شك في ذلك (قوله لم ينظر) لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره ان الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين اقوى في الافضاء الى الوقوع تبيين لكن جزم في الدر بالحرمة استحسانا في الفصلين وانه الصحيح نقلا عن التتارخانية وحينئذ فلا نحتاج الى هذا الفرق (قوله وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته) سواء كان بشهوة أو بغير شهوة لحديث غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر أولى كما في الهداية الا ان الاولى أن لا ينظر كل منهما الى عورة صاحبه لحديث اذا أتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير لان ذلك يورث النسيان وكان ابن عمر يقول الاولى أن ينظر ليكون ابلغ في تحصيل اللذة قال ابو يوسف سألت اباحنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه هل ترى بذلك بأسا قال لا ارجو أن يعظم الاجر شرنبلالية فان قلت ورد عن عائشة انها قالت كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد قلت ليس فيه ما يوجب تجردهما لان الاغتسال لا يقتضي ذلك وقد نص أئمتنا على حرمة كشف العورة في الخلوة حتى زمن الغسل وان رخصه البعض وذكر العيني في وجهه انه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلم فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد ورد عنها انها قالت لم يرمني ولم ارمنه ورد عليه بأن في القصة كنت أقول بق لي بق لي وهو يقول بق لي بق لي وهو يدل قطعا على ان اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأيضا المدعى هنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتجرد النبي عليه الصلاة والسلام عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوجة لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا حموي عن قاضي زاده ثم نقل عن المقدسي ما منه يستفاد رد الرد حيث قال يجوز ان يكون المراد انهما كانا يغتسلان من اناء واحد يعني على التعاقب فتارة يسبق هو عليه السلام فتقول هي بق لي وتارة تسبق هي فيقول عليه السلام بق لي اشارة الى تقللهما من الدنيا وانه لم يكن لهما اناآن بل اناء واحد يكفينا وبان عليه انتهى (قوله وفيما لا يحل له من أمته الخ) استشكله القهستاني بالمفضاة فانه لا يباح له وطؤها وينظر اليها واجاب في الدر بانه اغلبي (قوله كأمته المجوسية الخ) والمكاتبة والمشتركة والمنكوحة للغير در (قوله وامته التي هي أخته من الرضاع) او حرمت عليه بالمصاهرة در (قوله اما حكم نظر السيدة الخ) لقائل ان يقول ان ذلك معلوم من كلام المصنف بالتأمل حموي اذ هو مستفاد من قوله والمرأة للمرأة شيخنا (قوله ووجه محرمه الخ) المحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح كذا في الشرنبلالية عن الهداية والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد مواضع الزينة وهي ما ذكر بخلاف الظهر ونحوه وقيل هي كالاجنبية في الزنى لا يجوز النظر الا الى وجهها وكفيها لان ثبوت المصاهرة بالزنى عقوبة عليه لا نعمة فلا تظهر في حق حل النظر ولان جنايته ظهرت مرة فلم يبق

بالجر (كالرجل للرجل) ولا تنظر المرأة ما بين سرة المرأة والركبة وفي كتاب الخنثى من الاصل اشارة الى أن نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها أن تنظر الى ظهره وبطنه وهذا اذا أمنت الشهوة فان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أن تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح له النظر الى ظهرها وبطنها والأول أصح وأما نظر الرجل الى أمته وزوجته فانه يجوز حيث قال (وينظر الرجل الى فرج أمته) التي يحل له وطؤها (و) فرج (زوجته) والى سائر بدنها وكذلك المرأة والأمة الى زوجها ومولاها وانما قيدنا بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن أمته مبني على حل الوطء وفيما لا يحل له من أمته كأمته المجوسية وأمته التي هي أخته من الرضاع فان حكمهما في النظر كأمة الغير كذا في النهاية أما حكم نظر السيدة الى جميع بدن أمتها والأمة الى سيدتها فغير معلوم وأما نظر الرجل الى ذوات محارمه فانه يجوز كما قال (ووجه محرمه)

مؤتمنا وأيضا فيه اظهار الفاحشة والحرج منتف لعدم المخالطة عادة حموى (تتمة) قال فى الصحاح الزنى يمد و يقصر فالقصر لاهل الحجاز قال تعالى ولا تقربوا الزنى والمد لاهل نجد والنسبة الى المقصور زنوى والى الممدود زنائى انتهى وقال فى القاموس زنى يزنى زنى و زناء بكسرهما انتهى نوح افندى (قوله لا الى ظهرها و بطنها وفخذها) لانها ليست بمواضع الزينة (قوله ويمس من محرمه ماحل النظر اليه) اومن الرجل لامن الاجنبية كما مر لتحقق الحاجة الى ذلك فى المسافرة والمخالطة وكان عليه السلام يقبل رأس فاطمة و يقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة (قوله وامة غيره كمحرمه) لضرورة ورودها فى ثياب البذلة ان امن شهوته وشهوتها والافلا ينظر وهى تتناول المدبرة وأم الولد والمكاتبة كما فى الدرر والمستسعاة عند الامام كما فى الزيلعى (قوله وله مس ذلك الموضع الذى يحل النظر اليه الخ) وتحل الخلوة والمسافرة بها كما فى ذوات المحارم وعن بعض مشايخنا ليس له ان يعالجها فى الاركاب والانزال لان معنى العورة وان عدم بالستر فمعنى الشهوة باق والاصح انه لا بأس بذلك ان امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها فى حاجة من بلد الى بلد ولا تجد محرما يخرج معها وهى تحتاج الى من يركبها و ينزلها الا ترى ان امة المرأة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنعها من ذلك احد وام الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند الامام زيلعى لكن سيأتى عن القهستانى ان الفتوى على انه لا يحل للامة وأم الولد السفر بلا محرم (قوله ان اراد الشراء الخ) قال فى الصحاح الشراء يمد و يقصر يقال شريت الشئ اشريه شرى اذا بعت واذا اشتريت أيضا وهو من الاضداد قال تعالى ومن الناس من يشرى نفسه ابتغاء مرضاة الله وقال تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة أى باعوه انتهى وقال فى القاموس شراه يشريه ملكه بالبيع وباعه كاشترى فيهما ضدان انتهى نوح افندى (قوله ولا تعرض الامة اذا بلغت الخ) أى بلغت حدا تشتهى و يجامع مثلها كما فى الدرر قال ومنه يعلم حال البالغة انتهى وهذا هو المناسب اذ لو حملنا البلوغ على ما يتبادر لم يعلم الحكم فيما اذا كانت دون البلوغ وقد بلغت حد الشهوة على انه قد يتوهم من التقييد بالبلوغ جواز عرضها فى ازار واحد قبله مطلقا وليس كذلك (قوله والمراد ما يستر ما بين السرة والركبة) أى المراد بالازار الواحد ما يستر ما بين السرة والركبة وانما لا يجوز الاكتفاء به لان ظهرها و بطنها عورة فلا يجوز كشفهما او وقع فى بعض النسخ والمراد بالستر ما بين السرة والركبة والصواب ما سبق حموى (قوله وقال محمد) وكذلك اذا بلغت حدا تجامع وتشتهى هذا ظاهر فى ان المراد بالبلوغ ما هو المتبادر عند الامام وابى يوسف فعلى هذا يجوز عرضها فى ازار واحد قبل البلوغ مطلقا وان بلغت حد الشهوة وهو خلاف ما يظهر من كلام الدرر والدرر فحاصل ما يظهر من كلامهما انها اذا بلغت حد الشهوة لم يجز عرضها فى ازار واحد ولو قبل البلوغ بالاتفاق ثم ظهر ان ما ذكره الشارح بقوله وقال محمد الخ مما يقتضى كونه مذهبا له بمجرد رواية عنه كما فى الزيلعى ومشى صاحب التنوير كصاحب الدرر على هذه الرواية ترجيحا لها (قوله والمجبوب مطلقا) أى سواء جف ماؤه اولا حموى (قوله كالفحل فى النظر الى الاجنبية) لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله والمجبوب يشتهى و يسحق و ينزل ولو جاءت امرأته بولد يثبت نسبه نوح افندى والمخنث من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء (قوله فقد رخص مشايخنا الخ) الاصح المنع مطلقا كما فى الخانية والذى فى العناية رخص بعض مشايخنا كذا بخط شيخنا والحموى (قوله فى تركه مثله مع النساء) وهو واحد تأويل قوله تعالى او التابعين غير اولى الاربة وقيل الابله الذى لا يدرى ما يعمل بالنساء وانما همه بطنه (قوله وعبدها كالاجنبى) لكن للعبد ان يدخل على مولاته بغير اذنها اجماعا واجمعوا على انه لا يسافر بها شرنبلالية عن الخلاصة والخانية (قوله بلا

من محرمه (ماحل النظر اليه) وانما يباح النظر والمس اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها واما اذا لم يأمن فلا يحل له ذلك و يحل له أن يخلو و يسافر بهن فاذا احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها و يأخذ بطنها وظهرها دون ما تحتها اذا أمن الشهوة وان خاف على نفسه أو عليها يقينا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها يتلفف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان وأما النظر الى أمة الغير فانه يجوز كما بينه بقوله (وامة غيره كمحرمه وله مس ذلك) الموضع الذى يحل النظر اليه (ان أراد الشراء وان اشتهى) وذكر فى الجامع الصغير لا يباح المس اذا اشتهى اوكان أكبر رأيه ذلك (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة والركبة وقال محمد وكذلك اذا بلغت موضعا تجامع وتشتهى فلا تعرض فى ازار واحد (والخصى) أى الذى نزع خصيتاه (والمجبوب) مطلقا أى الذى قطع ذكره أيضا (والمخنث) فى الردى من الافعال (كالفحل) فى النظر الى الاجنبية ورخص بعض مشايخنا فى حق المجبوب الذى جف ماؤه الاختلاط بالنساء والاول أصح وأما المخنث اذا كان فى بعض اعضائه لين وفى لسانه تكسر ولا يشتهى النساء ولا يكون مخنثا فى الردىء من الافعال فقد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء (وعبدها كالاجنبى) الحر أى لا يحل له ان ينظر الا الى وجهها وكفيها عندنا وقال مالك والشافعى نظره اليها

اذنها) لقوله عليه الصلاة والسلام لمولى امة اعزل عنها ان شئت در ر (قوله وعن زوجته باذنها) ظاهر هذا الاطلاق انه لا فرق فى اشتراط اذنها للعزل عنها بين ان تكون حرة او امة غيره وهذا مذهب الصاحبين فيلزم مخالفة المصنف هنا لما مشى عليه فيما سبق اللهم الا ان يراد بالزوجة خصوص الحرة والقرينة على هذه الارادة ما ذكره المصنف فى باب نكاح الرقيق حيث قال والاذن فى العزل لسيد الامة فلا مخالفة حينئذ ويؤيد مذهب الامام ما ورد من نهيه عليه الصلاة والسلام عن العزل عن الحرة الا باذنها (قوله وفى الخلاصة يجوز العزل عن زوجته الخ) خوفا من الولد السوء فى هذا الزمان شلبى عن الولوالجى وكذا فى الشرنبلالية عن الخانية لكن ما جزم به فى الخلاصة حكاه فى الدر بقيل

*(فصل فى الاستبراء وغيره) الاستبراء بالهمز لا غير كما فى غاية البيان وهو ثابت بالخبر فلا يكفر جاحده عند عامة المشايخ وقيل يكفر لانه انكر ما فيه اجماع المسلمين خانية كذا بخط شيخنا والسيد الحموى (قوله استبراء الجارية الخ) هذا معناه الشرعى واما اللغوى فطلب البراءة مطلقا كما يعلم من العينى (قوله طلب براءة رحمها من الحمل) اشار بهذا الى ان السين فى الاستبراء للطلب حموى (قوله من ملك أمة) بشراء او هبة او وصية او ميراث او خلع او صلح او نحو ذلك كالمجعولة بدل كتابة او بدل منفعة لما استأجره او استولى عليها من دار الحرب درر وشرنبلالية وقوله من ملك امة أى استمتاع امة ليخرج شراء الزوجة در ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت وكذا المشتراة من مكاتبه يستبرئها قال فى الدر بعد قول المتن او مشتراة من عبد ما نصه ولو عبده كمكاتبه ومأذونه لو مستغرقا بالدين والا لا انتهى ومثله فى الدرر ونصه وان اشترى من مكاتبه فكذا لانه لا يملك مكاسبه انتهى لكن مقتضى ما نقله عزمى عن الكافى حيث قال بان كاتب عبده على امة وهو الصواب انتهى عدم وجوب الاستبراء بشرائها منه فلينظر وجه التصويب وقد نقل العلامة نوح افندى ما ذكره عزمى زاده واقره ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة والمستأجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهذا اذا أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبى حنيفة لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب لانهم ملكوها كذا فى العناية ومنه يعلم ان ما فى الزيلعى من اطلاق عدم الوجوب فيما اذا رجعت الآبقة لا يتمشى الا على مذهب الامام ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عنده فان لم يكن عليه دين يجتزئ بتلك الحيضة لدخولها فى ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند الامام لا يعتد بتلك الحيضة بناء على وجود ملك المولى وعدمه زيلعى ولو باعها المأذون لمولاه قبل حيضها كان على المولى استبراؤها وان لم يكن المأذون مديونا شرنبلالية عن قاضيخان (قوله حرم وطؤها الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم فى سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والحديث وان ورد فى المسبية لكن سبب الاستبراء حدوث الملك واليد لانه الموجود فى المنصوص عليه والاستبراء لتعرف براءة الرحم لئلا يختلط ماؤه بماء الغير اذ لو وطئها قبل ان يتعرف براءة الرحم فجاءت بولد فلا يدرى انه منه او من غيره فوجب التعرف صيانة للمياه عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والاولاد عن الهلاك لانه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك لعدم من يقوم بتربيته وذلك عند حقيقة الشغل او توهمه لكنه امر خفى فادير الحكم على امر ظاهر وهو تجدد الملك وان كان عدم وطء المولى معلوما كما فى الامور المعدودة يعنى ما سبق من كون الجارية بكرا ونحوه فان حكمة الحكم تراعى فى الجنس لا فى كل فرد واعترض بان الحكمة وان كانت لا تراعى فى كل فرد لكن تراعى فى الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه بأن يكون الولد ثابت النسب من غيره بان زوج المولى امته من رجل فحبلت منه ثم طلقها وقبل انقضاء عدتها باعها من رجل فكان ينبغى ان لا يجب الاستبراء على المشترى لان الحمل ثابت النسب فلا يلزم اختلاط المياه واشتباه

(وعن زوجته باذنها) ان شاءت ولو كانت تحته امة لغيره فالاذن الى مولاها عن ابى حنيفة وعندهما اليها وفى الخلاصة يجوز العزل عن زوجته الحرة بغير اذنها

(فصل فى الاستبراء وغيره) استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل

(من ملك امة حرم وطؤها

الانساب واجيب بانه انما ثبت بالحديث فى سبايا اوطاس ولايخفى ان سبايا اوطاس لم تخل من ان يكون فيها بكر ومع هذا حكم النبى عليه السلام حكما عاما فلايختص بالحكمة كذا فى الدرر أى فلايختص الحكم بما يوجد فيه الحكمة كما ذكره عزمى لكن قوله فى الدرر و بعد انقضاء عدتها باعها من رجل صوابه وقبل انقضاء عدتها لانه اذا باعها بعد انقضاء عدتها فلاشك فى وجوب الاستبراء لحل وطئها لمولاها او توهم الشغل وليستقيم قوله بعده لان الحمل ثابت النسب الخ بقى ان يقال ماسبق من قوله بان زوّج المولى امته من رجل فحبلت منه ثم طلقها و بعد انقضاء عدتها باعها من رجل زيادة من صاحب الدرر على كلام صدر الشريعة قال العلامة نوح افندى وهى زيادة مفسدة ولهذا ذكر المولى عزمى ان الكلام فى استحداث ملك اليمين ليس الا ولا مساس لملك النكاح بالمقام انتهى وقال المولى اخى شلبى مامعنى قوله لان الحمل ثابت النسب بعد قوله و بعد انقضاء عدتها باعها من رجل مع ان اولات الاحمال اجلهنّ ان يضعن حملهنّ انتهى واوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبى عليه السلام كذا بخط شيخنا عن العناية وحبالى بالياء المثناة من تحت جمع حائل على خلاف القياس والقياس حوائل (قوله ولمسها) اعلم ان حرمة الدواعى لافضائها الى الوطء او يحتمل وقوعها فى غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحيض حيث لاتحرم الدواعى لوجود النفرة فيه فلا يكون داعيا الى الوطء وكذا لايحتمل وقوعها فى غير الملك كما فى الزيلعى بخلاف المشتراة وقال بعضهم لاتحرم الدواعى لان الوطء انما حرم لئلا يختلط الماء بالماء و يشتبه النسب وهذا معدوم فى الدواعى ورد بان الوطء حرام لاحتمال وقوعه فى ملك الغير أيضا بان كانت حاملا عند البيع فادعى البائع الولد فانه يستردها فظهر ان وطئه صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود أيضا فى الدواعى كما فى الدرر ولم تذكر الدواعى فى المسبية فى ظاهر الرواية وعن محمد انها لاتحرم لانه لايحتمل وقوعها فى غير الملك لانه لوظهر حبل لاتصح دعوة الحربى بخلاف المشتراة كما فى الشرنبلالية عن الهداية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهى المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعى فى غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور فى الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدى ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف فى موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثانى ان مادل على حرمة الدواعى فى غير المسبية أمران الافضاء والوقوع فى غير الملك فان لم تحرم بالثانى فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط و يمكن ان يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعى فى هذا الباب مجتهد فيه لم يقل به الشافعى وا كثر الفقهاء فلما كان علتها فى المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان فى غيرها أمران تعاضدا اعتبرت كذا فى العناية (قوله حتى تستبرأ) فلو وطئها قبل الاستبراء أثم ولا استبراء عليه بعد ذلك شرنبلالية عن السراجية والمبتغى (قوله او صبيا) بان كان البائع أبا الصبى او وصيه وكذا الحكم اذا اشترى من مال ولده الصغير درر (قوله او نحوه) بان تكون آيسة (قوله وان كانت لاتحيض من صغرها) لو حذف قوله من صغرها لكان أولى ليشمل الآيسة (قوله يتركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل) واقعها زيلعى (قوله وليس فيه تقدير الخ) أى فى تبين انها ليست بحامل (قوله وكان محمد يقول الخ) الذى فى البناية ان محمدا كان يقول بشهرين وخمس ثم رجع وقال بأربعة أشهر وعشرة فليحرر حموى (قوله بأربعة أشهر وعشرة أيام) اعتبارا بعدة الحرة فى الوفاة (قوله وعليه الفتوى) لان هذه المدة متى صلحت للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح فى الاماء فلان تصلح للتعرف عن شغل يتوهم بملك اليمين وهو دونه اولى درر عن الكافى وكان الاولى حذف متى من قوله لان هذه المدة الخ وأشار بقوله وهو دونه أى ملك اليمين دون النكاح الى وجه الاولوية لان للزوجة حقوق الزوجية بخلاف الامة (قوله وقال أبو مطيع) كذا فى نسخة شيخنا بخطه والذى فى نسخة السيد الحموى ابن مطيع

ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى
تستبرأ) أى حرم مطلقا سواء تيقن
فراغ رحمها من ماء البائع بأن يكون
مالكها امرأة او صبيا او تكون
الجارية بكرا او نحوه او لم تيقن وعن
ابى يوسف انه اذا تيقن فراغ رحمها
من ماء البائع فليس عليه الاستبراء
ثم الاستبراء فى الحامل بوضع الحمل
وفى ذوات الحيض بحيضة وان كانت
لاتحيض من صغرها فاستبراؤها بشهر
وان حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء
بالايام وان ارتفع حيضها بان
صارت ممتدة الطهر وهى ممن تحيض
يتركها حتى اذا تبين انها ليست
بحامل وليس فيه تقدير فى ظاهر
الرواية الان مشايخنا قالوا يتبين
ذلك بشهرا وثلاثة اشهر وكان محمد
يقول باربعة اشهر وعشرة ايام ثم
رجع وقال يستبرئها بشهرين
وخمسة أيام وعليه الفتوى وعن زفر
يستبرئها بحولين وهو رواية عن ابى
حنيفة وقال ابومطيع يستبرئها
بتسعة اشهر وعن ابى يوسف انه
قدره بثلاثة اشهر

فلهذا قال لعله أبو مطيع (قوله ولا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها) لان الواجب حيضة وهي اسم للكاملة درر (قوله قبل القبض) كما لا يعتد بالحاصل من حيضة ونحوها بعد البيع قبل اجازة بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لانتفاء الملك ويجتزأ بحيضة حاضتها وهي مجوسية اومكاتبة بان اشترى مجوسية اومسلمة وكاتبها بعد الشراء قبل الاستبراء فحاضت ثم اسلمت المجوسية اوعجزت المكاتبة لوجودها بعد الملك ولا يجب عند رد المغصوبة اذا لم يبعها الغاصب خانية ولو أقال البيع قبل القبض لا استبراء على البائع كما لو باعها بخيار وقبضت ثم أبطله بخياره لعدم خروجها عن ملكه وكذا لو باع مدبرة اوأم ولد وقبضت ان لم يطأها المشتري وكذا لو طلقها الزوج قبل الدخول ان كان زوجها بعد الاستبراء وان قبله فالمختار وجوبه درر عن الزيلعي قلت وفي الجلالية شرى معتدة الغير وقبضها ثم مضت عدتها لم يستبرئها لعدم حل وطئها للبائع وقت وجود السبب انتهى وأقول ماذكره في الجلالية من تعليل عدم وجوب الاستبراء بعدم حل وطئها للبائع وقت وجود السبب يشكل بما في الشرنبلالية والدرر وغيرهما كحاشية الزيلعي للشلبي حيث صرحوا بوجوب الاستبراء فيما اذا كانت مشرية من ابن واطئها اومن محرمها كان كانت أخت البائع من الرضاع ثم ظهر ان قوله لعدم حل وطئها للبائع صوابه للمشتري ويدل عليه ماسنذكره في الكلام على الحيلة الثانية التي ذكرها الشارح باسقاط الاستبراء عند قوله ثم يطلق الزوج بقي ان يقال ماسبق من قوله ولا يجب عند رد المغصوبة اذا لم يبعها الغاصب هو الصواب خلافا لما وقع في نسخ الدرمن قوله اذا لم يصبها الغاصب يدل عليه ما نقله بعضهم عن الخانية من تقييد عدم الوجوب بما اذا لم يبعها الغاصب ثم قال فان باعها وسلم المشتري ثم استردها المغصوب منه بقضاء اورضاء فان كان للمشتري علم بالغصب لا يجب الاستبراء على المالك وطئها المشتري من الغاصب اولم يطأها وان لم يعلم المشتري وقت الشراء أنها غصب ان لم يطأها لا يجب الاستبراء وان وطئها في القياس لا يجب وفي الاستحسان يجب انتهى ثم رأيت في الزيلعي التصريح بعدم وجوب الاستبراء اذا ردت المغصوبة ولم يقيد بما اذا لم يطأها الغاصب ولا يشكل بما سبق من انه اذا باع مدبرة اوأم ولد ووطئها المشتري حيث وجب الاستبراء لان وطء المشتري لم يكن زنى فلهذا وجب الاستبراء بخلاف وطء الغاصب لتمحضه زنى فظهر الفرق (قوله ولا بالولادة الحاصلة بعدها) أي بعد أسباب الملك قبل القبض كذا ذكره شيخنا فسقط قول السيد الحموي صوابه ولا بالولادة الحاصلة بعده أي بعد الشراء قبل القبض (قوله خلافا لابي يوسف) لان السبب استحداث الملك واليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه (قوله عند أبي يوسف) خلافا لمحمد والمأخوذ به قول أبي يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك ويؤخذ بقول محمد فيما اذا علم انه قربها زيلعي قلت فلو لم يعلم ذلك بأيهما يفتى لم أره والظاهر الافتاء بقول محمد لتوهم الشغل ثم رأيت في حاشية نوح أفندي ما يفيده وأحسن الحيل ما في الشرنبلالية عن المواهب ان يكاتبها المشتري ثم يقبضها فيفسخ برضاها قال خصوصا اذا كانت على مال كثير حال اومنجم بقريب فتعجز عنه بقي ان يقال ما في الشرنبلالية عن البرهان من تقييده بقوله ثم يقبضها مخالف لما في التنوير مع الدر حيث قال او يكاتبها المشتري بعد الشراء والقبض كما يفيده اطلاقهم وعليه فيطلب الفرق بين الكتابة والنكاح بعد القبض قال ثم وقفت على البرهان شرح مواهب الرحمن فلم أر القيد المذكور (قوله ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) كذا في الهداية قال الزيلعي هذا لا يفيد اذا قبض بعد الشراء اذ بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد لو قبض قبل الشراء لئلا يوجد قبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط ان يدخل قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة ان ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها قبله لكونها معتدة بعد فساد النكاح فلا استبراء حينئذ قال بعض المتأخرين

ولا يجتزئ بالحيضة التي اشتراها في
أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد
الشراء وغيره من اسباب الملك قبل
القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها
قبل القبض خلافا لابي يوسف ولا بأس
بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند
ابي يوسف خلافا لمحمد والحيلة اذا
لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها
قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت
تحته حرة فالحيلة ان يزوجها البائع
قبل الشراء او المشتري قبل القبض

اشتراط تقدم القبض على الشراء قول بعض المشايخ وصاحب الهداية اختار خلافه ويؤيده ما في الذخيرة والمحيط من الاطلاق وتعليل الكافي بما يفيد العموم فتلخص أن الاقوال ثلاثة قول باشتراط تقدم القبض والدخول على الشراء وقول باشتراط تقدم القبض دون الدخول وقول بالاطلاق والاكتفاء بالعقد وهذا أوسع والثاني أعدل بخلاف الاول حموى عن المقدسي واعلم ان ما ذكره المقدسي عن قاضيخان حيث جعل اشتراط الدخول قبل الشراء قول ظهير الدين مخالف لما في الصغرى عن الناطفي كما في شرح الحموى حيث لم ينسب ظهير الدين هذا القول لنفسه بل حكاه عن بعض المشايخ (قوله ممن يوثق به) ولو خاف ان لا يطلقها الزوج فالحيلة ان يزوجها على ان يكون امرها بيده فيطلقها متى شاء عزمي عن قاضيخان (قوله ثم يشتريها او يقبضها) ان كان الذى زوجها هو البائع قبل الشراء او يقبضها ان كان اشتراها ثم زوجها قبل القبض ففي كلامه نشر على ترتيب اللف الاول للاول والثاني للثاني حموى وقوله والصواب العطف بالواو كما في الهداية لانه المستفيض في نظائره من اللف والنشر فيه نظر اما اولا فلان ما ذكره من الاستفاضة لا يقتضي التصويب فلو قال والاولى الخ لكان اولى وأما ثانيا فلان كلام الشارح لا يستقيم مع التعبير بالواو فتدبر (قوله ثم يطلق الزوج) لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة كما في الزيلعي بان اشتراها فقبضها وهي معتدة ثم انقضت عدتها حل الوطء بدونه وهو ظاهر في كون المراد بالطلاق ما بعد قبض المشترى فلو طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد كما في الشرنبلالية لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها في هذه الحالة وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء كذا في العناية وقاضيخان انتهى بقي ان يقال ما ذكروه من ان فرجها اذا لم يكن حلالا لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك كمعتدة الغير استشكله العلامة المقدسي على ما نقل عنه الحموى بانه يرد على هذا الضابط المجوسية فانهم اكتفوا بحيضها حالة مجوسها كما مر (قوله له أمتان أختان الخ) لو قال له أمتان لا يجتمعان نكاحا كما في الدرر لكان اولى ليشمل غير الاختين ممن لا يجوز الجمع بينهما نكاحا (قوله حرم وطء واحدة منهما) وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا او وطئا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف والمراد به الجمع بينهما وطئا وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطئا وعقدا ولا يعارضه قوله تعالى او ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم روى ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما آية وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للمحرم ووجه ترجيح المحرم على المبيح ان الحرام يجب تركه والمباح لا يجب فعله شلبي عن الاتقاني (قوله لا على التعيين) أشار به الى دفع قول الزيلعي ولو قال حرمتا عليه حتى يحرم فرج احداهما لكان أحسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب حموى (قوله ودواعيه) لان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء (قوله وعتق البعض كعتق الكل) أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ عندهما وكذا عند أبي حنيفة لانه وان كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده زيلعي (قوله الا ان يدخل الزوج بها فيه) لان العدة تجب عليه بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا (قوله وكره تقبيل الرجل الخ) ويكره تقبيل امرأة فم امرأة أو خدها عند اللقاء او لوداع لو عن شهوة أما على وجه البر فجائز عند الكل در عن القنية والخانية (قوله تقبيل يد العالم) كذا السلطان العادل كما في الشرنبلالية عن الاختيار وتقبيل يد نفسه اذا لقي غيره مكروه ولا رخصة فيه ذكره العيني ويكره الانحناء للسلطان او غيره شرنبلالية عن المواهب ووجهه ما سيأتي من ورود النهي عنه وتقدم في الحج تقبيل الحجر الاسود وعتبة الكعبة وأما تقبيل المصحف فقيل بدعة لكن روى عن عمر انه كان يأخذ المصحف كل غداة ويقبله وكان عثمان يقبل المصحف ويمسحه على وجهه وتقبيل الخبز قيل

ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها
أو يقبضها ثم يطلق الزوج (له امتان
اختان قبلهما) المولى او لمسهما
(بشهوة) او وطئهما (حرم وطء واحدة
منهما) لا على التعيين (ودواعيه حتى
يحرم فرج الاخرى بملك او نكاح)
الى الغير (او عتق) اوكتابة لا رهن
او اجارة او تدبير وعتق البعض
وتمليكه كعتق الكل وانما قيد بقوله
قبلهما لانه لو قبل احداهما حل له
وطئها او تقبيلها دون الاخرى والمراد
بالنكاح نكاح صحيح حتى لو زوج
احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له
وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها
فيه (وكره تقبيل الرجل) فم الرجل
ويده وشيئا منه مطلقا ورخص بعض
المتأخرين تقبيل يد العالم والمتورع
على سبيل التبرك وعن سفيان

بدعة مباحة وقيل حسنة وقالوا يكره دوسه لا بوسه وجاء لا تقطعوا الخبز بالسكين وأكرموه فان الله أكرمه در وقيام القارئ جائز اذا جاء اعلم منه او استاذه الذي علمه القرآن أو العلم او أبوه او امه ولا يجوز القيام لغيرهم وان كان الجائي من الاجلة والاشراف شرنبلالية عن مجمع الفتاوى ويخالفه ما في القهستاني عن الزاهدي حيث قال لا يكره أن يقوم لآخر في المسجد تعظيما له وكذا لو قام القارئ في خلال قراءته تعظيما له ووجه المخالفة انه أطلق عدم كراهة قيام القارئ لغيره ولم يقيده بشئ ثم نقل عن كنز العباد انه لا يقوم لآخر في المسجد وأطلقه فعم ما لو كان الجالس في المسجد غير قارئ وعلل ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا تعظموني في بيت ربي قال ولهذا أوصى السلف تلامذتهم أن لا يقوموا لهم في المسجد اذا درسوا قال وفيه اشارة الى جواز ما تعورف في زماننا من القيام في غير المسجد عند تمام الدرس ونقل عن مشكل الآثار ان القيام لغيره لا يكره وانما المكروه محبة القيام ممن لا يقام له وفي الزيلعي عن الشيخ أبي القاسم قال كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السؤال والسلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم (قوله تقبيل يد العالم سنة) عبارة الزيلعي وكان سفيان الثوري يقول تقبيل يد العالم أو السلطان العادل سنة وفي التنوير وشرحه لا رخصة في تقبيل اليد لغير عالم وعادل هو المختار مجتبى وفي المحيط ان لتعظيم اسلامه واكرامه جاز وان لنيل الدنيا كره انتهى وأراد بغير العالم والعادل ما عدا الوالدين وشيخه الذي يأخذ عنه فانه جائز كما في حاشية الشلبي (قوله والفاعل والراضي به آثمان) لانه يشبه عبادة الوثن زيلعي (قوله لا يكفر) لانه يريد به التحية زيلعي (قوله ومعانقته) كذا تكره المكامعة للنهي عنها وهي أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد لا حاجز بينهما وقال في التنوير لا يجوز للرجل مضاجعة الرجل وان كان كل منهما في جانب من الفراش وقال في حاشية الشلبي وتعبير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كمع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة الخ (قوله وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة) لانه عليه الصلاة والسلام عانق جعفرا وقبل ما بين عينيه حين قدم من الحبشة عند فتح خيبر وقال لا أدري بماذا أسر بفتح خيبر أم بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكانت الصحابة تفعل ذلك ولهما حديث أينحني بعضنا لبعض قال لا فقلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا فقلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم قال في الدرر وقد ورد أحاديث كثيرة في النهي عن المعانقة ونحو برها ووفق الشيخ أبو منصور الماتريدي فقال المكروه منها ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فجائزة (قوله ولو كان عليه قميص الخ) هذا بالاجماع وهو الصحيح كما في الشرنبلالية عن الهداية (قوله كالمصافحة) لانها سنة قديمة متوارثة قال عليه الصلاة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وقال عليه الصلاة والسلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل أن يتفرقا زيلعي والسنة في المصافحة بكلتا يديه كما في الدر عن القنية (تتمة) نقل ابن فرشته عن النووي ان المصافحة عقب الصلوات لا أصل لها وفي شرح الشهاب الشلبي وما اعتاده الناس بعد صلاة الصبح والعصر فلا أصل له لكن لا بأس به وللشرنبلالي رسالة في المصافحة عقب الصلوات بقي أن يقال ما نقله ابن فرشته عن النووي من أن المصافحة عقب الصلوات لا أصل لها لا يقتضي الكراهة ولهذا قال في الدر وما قيل من انها بدعة أي مباحة حسنة كما أفاده النووي في اذكاره وغيره قال وعليه يحمل ما نقل عن شرح المجمع من انها بعد الفجر والعصر ليس بشئ توفيقا الخ

(فصل في البيع) أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللمس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان لان ما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم عناية (قوله كره بيع العذرة)

تقبيل يد العالم سنة وفي غيره لا يرخص
فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين
يدي العلماء حرام والفاعل والراضي به
آثمان وقال الصدر الشهيد انه
لا يكفر بهذا السجود وقال شمس
الائمة السرخسي السجود لغير الله
تعالى على وجه التعظيم كفر
(و) كره (معانقته في ازار واحد)
وذكر الطحاوي ان هذا قولهما
وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل
والمعانقة (ولو كان عليه قميص)
او جبة (جاز كالمصافحة) أي يجوز
بلا كراهة كما يجوز المصافحة
(فصل في البيع كره بيع العذرة)
الخالصة وهي رجيع الآدمي

يحتمل

يحتمل أن يراد بالكراهة ما يجامع الصحة وهذا هو المتبادر بخلاف قوله فى الدرر وكره بيع العذرة صرفة لانه وجد فى كلامه ما يعين كون المراد بالكراهة عدم صحة البيع وهو قوله وصح فى الصحيح مخلوطة الا ان يراد بالصحة الحل كما فى الشرنبلالية ثم ظهر ان المراد بالكراهة فى كلام المصنف بطلان البيع ولهذا قال شيخنا كره بيع العذرة وبطل كما فى الخانية قلت وسيجىء فى كلام الشارح ما يشير اليه حيث قال وانما قيدنا العذرة بالخالصة لانها اذا كانت مخلوطة يجوز بيعها بناء على ان المراد بالجواز فى كلامه الصحة لا الحل لان القول بجواز بيعها مقيس على ما روى عن الامام من جواز الانتفاع بها كما ذكره الاتقانى ومن المعلوم ان المتون انما وضعت لبيان المذهب وحينئذ فما فى الشرنبلالية من حمله الكراهة على ما لا يمنع صحة البيع فيه نظر ظاهر فتدبر والعذرة كما ذكره السيد الحموى وزان كلمة الخرء ولا يعرف تخفيفها وتطلق العذرة على فناء الدار لانهم كانوا يلقون الخرء فيه فهو مجاز من باب تسمية الظرف باسم المظروف والجمع عذرات انتهى معزيا للمصباح بقى ان يقال ما استفيد من عبارة المصباح من ان العذرة حقيقة فى الخرء مجاز فى فناء الدار احد اقوال ثلاثة كما ذكره نوح افندى الثانى وهو الذى دل عليه كلام صاحب النهاية حيث قال العذرة فناء الدار وناحيتها والجمع عذرات وسمى الغائط عذرة لانهم كانوا يلقونه فى افنية الدار انتهى قال العلامة نوح افندى فدل كلامه ان العذرة حقيقة فى فناء الدار مجاز فى الغائط فيكون من تسمية المظروف باسم الظرف قال وجعلها صاحب القاموس من قبيل المشترك انتهى باختصار (قوله لا السرقين) بفتح السين وكسرها وبالجيم والقاف قال فى المصباح السرجين كلمة اعجمية واصلها سركين بالكاف فعربت الى الجيم والقاف وقال الاصمعى وانما كسر أوله لموافقة الابنية العربية ولا يجوز الفتح لفقد فعلين بالفتح حموى والسرقين هو الروث على ما ذكره العينى لكن فى حاشية الاشباه للحموى من اوائل الفن الثانى والسرقين الروث والبعر والخثى انتهى واعلم انه لا خلاف فى جواز بيع السرقين كما فى الشرنبلالية ونصه ولم ار خلافا فى عدم كراهة بيع السرقين عندنا ولهذا قال فى الكافى وقد تمول المسلمون السرقين وانتفعوا به فانهم يلقونه فى الارض لاستكثار الريع من غير نكير احد من السلف انتهى ذكر ذلك على وجه التعقب لقوله فى الدرر جاز بيع السرقين فى الصحيح فانه يفيد عدم جواز بيعه على مقابل الصحيح وليس كذلك وسبقه الى الاعتراض عزمى زاده قال والظاهر ان منشأ توهمه ظاهر قول صاحب الوقاية وصح فى الصحيح مخلوطة كبيع السرقين والتشبيه فى كلامه يجب صرفه الى مجرد الصحة انتهى (قوله لا بأس ببيع السرقين) فى كون هذا معنى قول المصنف لا السرقين نظر حموى (قوله وقال الشافعى لا يجوز بيع السرقين أيضا) لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين من غير نكير كذا فى الزيلعى وهو ظاهر فى ان المراد من كراهة بيع العذرة فى كلام المصنف عدم جواز بيعها أى عدم صحته بدليل ما فى شرح الحموى حيث قال ومنع الشافعى بيع السرقين لنجاسته كالعذرة قلنا هو مال اذ هو ما يتمول بخلاف العذرة الخ ومنه يعلم ان المراد بعدم الصحة فيما سبق عن الدرر هو البطلان خلافا لما ذكره فى الشرنبلالية حيث قال الا ان يراد بالصحة الحل فتنبه (قوله وعن ابى يوسف انه لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة) الذى فى الزيلعى كبعض النسخ وعن ابى حنيفة الخ وصححها الزيلعى وتبعه البدر العينى لكن صحح فى الهداية المنع فقد اختلف التصحيح در (قوله غالب عليها) كذا قيد بالغلبة فى الكافى ولم يقيد بها فى الهداية شرنبلالية (قوله له شراء امة الخ) لانه اخبر بخبر لا منازع له فيه وقول الواحد مقبول فى المعاملات بشرط ان يكون مميزا على ما بيناه من قبل زيلعى (قوله فرأى آخر يبيعها حال كونه قال وكلنى الخ) هذا حل معنى لا بيان اعراب حموى (قوله وكذا لو قال اشتريتها الخ) يعنى الحكم فيه كالحكم فيما لو قال وكلنى صاحبها ببيعها من انه ان كان ثقة وسعه ان يشتريها ويطأها وكذا ان كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق بخلاف ما اذا كان اكبر رأيه انه كاذب حيث لا يتعرض لشئ من ذلك (قوله وان لم يخبر بكر بشئ منها الخ) من الوكالة

(لا السرقين) معناه لا بأس ببيع
السرقين وقال الشافعى لا يجوز بيع
السرقين أيضا وعن أبى يوسف انه
لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة
وانما قيدنا قوله العذرة بالخالصة
لانه اذا كانت مخلوطة برماد او تراب
غالب عليها يجوز بيعها والانتفاع بها
بالقائها فى الارض لاستكثار الريع
وهو الصحيح (و) يجوز (لمن علم) أى من علم
قال بكر وكلنى زيد ببيعها
بأمة انها لرجل فرأى آخر يبيعها حال
كونه قال وكلنى صاحبها ببيعها فانه
يسعه ان يشتريها او يطأها هذا
اذا كان البائع ثقة او كان غير ثقة واكبر
رأيه انه صادق فكذلك وان كان
اكبر رأيه انه كاذب لم يسعه ان
يتعرض لشئ من ذلك وكذا
لو قال اشتريتها منه او وهبها لى او
تصدق بها على وان لم يخبر بكر بشئ
منها ان كان عرفها المشترى لم يشترها
حتى يعلم انتقالها الى بكر

والشراء من زيد والهبة والصدقة منه قال الاتقانى وان كان لم يخبران ذلك الشئ لغيره فلا بأس بشرائه وقبوله منه وان كان غير ثقة الا ان كان مثله لا يملك مثل ذلك كاللؤلؤ فى يد الفقير والكتاب النفيس فى يد الجاهل فحينئذ يتنزه ولا يتعرض له بشراء ولا غيره لانه وقع التردد فى حاله ووجب التنزه والاحتياط ولكن مع ذلك لو اشترى كان فى سعة لاعتماده على الدليل الشرعى وهو ان اليد دليل الملك والتنزه أفضل انتهى قال السيد الحموى ومنه تعلم ما فى عبارة الشارح انتهى يعنى لان ظاهر قول الشارح لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى بكر ان شراءها قبل العلم بالانتقال لا يجوز وأقول لا مخالفة بين ماذكره الشارح والاتقانى لاختلاف وضع المسئلة فموضوع مسئلة الشارح ما اذا عرفها لغيره الا ترى الى قول الشارح ان كان عرفها المشترى لم يشترها الخ أى عرف انها لغيره وفيه لا بد من العلم بالناقل لان يد الاول دليل الملك كما ذكره الزيلعى بخلاف ماذكره الاتقانى فان موضوعه ما اذا لم يعلم انها لغيره وفيه يسعه ان يشتريها وان كان اكبر رأيه انه غير صادق بأن كان فاسقا او وقع فى قلبه انها لغيره لان اليد دليل الملك ولا معتبر لاكبر الرأى عند وجود دليل ظاهر الا ان يكون مثله لا يملك ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماد الدليل الشرعى كما فى الزيلعى والعجب من السيد الحموى رحمه الله تعالى انه بعد اعتراضه على الشارح بكلام الاتقانى بناء على ما توهمه من المخالفة بينهما ذكر فى القولة الثانية والثالثة ما به تزول المخالفة حيث قال قوله ان كان عرفها المشترى يعنى لغيره وان كان لا يعرف انها للاول وسعه الشراء الى آخر ما قدمناه هذا كله اذا كان الذى أتاه بها حرا فلو كان عبدا او أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره وان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشتره لقيام المانع فلا بد من دليل زيلعى واعلم ان وجب فى قول الاتقانى فوجب التنزه والاحتياط بمعنى ثبت فليس المراد به الوجوب بالمعنى المصطلح عليه بقرينة قوله ومع ذلك لو اشترى كان فى سعة الخ (قوله وكره لرب الدين الخ) أى حرم عليه وهذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالرضا بلا قضاء فان كان بحكم بأن قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضى بكونه ثمن خمر طاب واستشكله الزيلعى بأن مال الغير لا يطيب بالقضاء ومحمد لا يرى نفوذ الحكم باطنا ولهذا لو ترك مسلم مالا من ثمن خمر باعها لا يحل لورثته أخذه لانه كالغصب حموى وقال فى النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لا يحل أخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة تتورع الورثة ولا يأخذون منه شيئا ويردونه على اربابه ان عرفوهم والا تصدقوا به لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر رده انتهى لكن قال فى الاشباه الحرمة تنتقل مع العلم الا للوارث الا اذا علم ربه فكلامه فى الاشباه ظاهر فى انه اذا لم يعلم ربه طاب له ولا يلزمه التصدق به والباذق كما فى المغرب ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا (قوله باعها مسلم) الا اذا وكل ذميا ببيعها طاب لرب الدين أخذه عند الامام خلافا لهما قال عزمى ولا بد من ذكر هذا الاستثناء الخ ولقائل ان يقول لا حاجة الى هذا الاستثناء لان البيع اذا أطلق ينصرف لما يكون بالمباشرة (قوله أى لا يكره اذا باعها كافر) والفرق ان البيع فى الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل له أخذه من البائع وفى الوجه الثانى صح البيع لانه مال متقوم فى حق الكافر فملكه البائع فيحل له الاخذ (قوله وكره احتكار قوت الآدميات) لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون (قوله فحينئذ لا بأس به) لانه حابس ملكه من غير اضرار بالغير (قوله الاحتكار حبس الطعام للغلاء) أى لتربص الغلاء (قوله على التفصيل) أى يكره ان أضر ولا يكره ان لم يضر (قوله وهو يريد حبسها ويمتنع من بيعها) الصواب تذكير الضمير فيهما لعوده على الطعام (قوله هذا اذا لم يلبس الخ) أى قال المشايخ هذا الجواب وهو الكراهة فيما اذا اضر باهل البلد وعدم الكراهة فيما اذا لم يضر مقيد بما اذا لم يلبس السعر على التجار اما اذا لبسه عليهم فانه يكره سواء

(وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها
مسلم) أى اذا باع المسلم خمرا وأخذ
ثمنها وعليه دين كره لرب الدين المسلم
ان يأخذه منه بدلا عن دينه اذا علم به
(الا كافر) أى لا يكره اذا باعها كافر
(و) كره (احتكار قوت الآدمى
و) قوت (البهيمة فى بلد يضر باهله)
بان كان البلد صغيرا بخلاف ما اذا لم يضر
بأن كان البلد كبيرا فحينئذ لا بأس به
الاحتكار حبس الطعام للغلاء افتعال
من حكر اذا ظلم ونقص وحكر بالشئ
اذا استبد به وحبسه عن غيره وكذا
التلقى على التفصيل وصورته ان
يخرج من البلد الى القافلة التى جاءت
بالطعام واشترى منها خارج البلد
وهو يريد حبسها ويمتنع عن بيعها
ولم يترك حتى تدخل القافلة البلد
قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى سعر البلد
على التجار فان لبس فهو مكروه
فى الوجهين ثم الاحتكار المنهى عنه
فى الاشباه التى

اضر باهل تلك البلدة اولم يضر وهومعنى قوله فى الوجهين حموى (قوله والقت) القت الفصفصة والفصفصة بكسر الفاءين الرطبة وأصلها بالفارسية اسفست مختار صحاح (قوله وهوقولهما) أى قول ابى حنيفة ومحمد كما فى الزيلعى ودل عليه قول الشارح وقال ابو يوسف كلما اضر بالناس الخ وعلى هذا ما فى العينى من قوله وعن محمد انه قال لا احتكار فى الثياب مشكل لان التعبير بعن يقتضى انه يقول بالاحتكار فيها وهو مناف لما ذكرهوا ولا من قوله وتخصيص الاحتكار بالاقوات قولهما (قوله كل ما اضر الخ) اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود زيلعى قال شيخنا يؤخذ منه أى من اعتبار الضرر المتعارف المعهود الحاق القهوة بالقوت فان ضررها الآن متعارف معهود انتهى (قوله اربعون يوما) لقوله عليه الصلاة والسلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه زيلعى (قوله وقيل شهر) لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل ويقع التفاوت فى المأثم وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا وأما الاثم فيحصل وان قلت المدة زيلعى والمراد بالمعاقبة فى الدنيا تعزيره اذا امره القاضى بالبيع فلم يبع (قوله اذا كان على قصد الاحتكار الخ) ظاهره انه لا يكره اذا لم يكن على هذا القصد مطلقا وان حصل منه مضرة (قوله اى كره احتكار قوت لا احتكار غلة ضيعته) فيه ان شرط العطف بلا ان لا يصدق احد معطوفيها على الآخر فلا يجوز جاءنى رجل لا زيد بخلاف جاءنى رجل لا امرأة وغير خاف ان معطوفيها هنا لم يتغايرا اذ يصدق على احتكار غلة ضيعته انه احتكار قوت حموى ووجه عدم كراهة احتكار غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر انه خالص حقه ولم يتعلق به حق العامة درر (قوله وقال ابو يوسف يكره) فيه نظر لان الفقيه اورده فى القسم المتفق عليه وقال القدورى فى التقريب وقال ابو يوسف ان جلبه من نصف ميل فليس بحكرة فعلم ان ما جلبه من مصر آخر ليس بحكرة عند ابى يوسف حموى عن البناية (قوله وقال محمد كل بقعة الخ) قال فى الملتقى وهو المختار (قوله ولا يسعر السلطان) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق عينى (قوله مطلقا) اى لا فى الغلاء ولا فى الرخص الا ان يتعدى ارباب الطعام بالمعنى الآتى فلا بأس به حينئذ (قوله وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين) بأن امرهم بالبيع بالقيمة فأبوا ان لا يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة (قوله ومن باع منهم بما قدره الامام صح) وبما فوقه لم ينفذ الا ان يجيزه القاضى على ما يظهر من كلام الزيلعى اولا حيث قال فاذا تعدى رجل فباعه بثمن فوقه اجازه القاضى لكن ذكر ثانيا ما يخالفه حيث نقل عن المحيط وشرح المختار ان البائع ان كان يخاف ضرب الامام لا يحل للمشترى ذلك لانه فى معنى المكره والحيلة فيه ان يقول له بعنى بما تحب فحينئذ بأى شئ باعه يحل فقوله بأى شئ باعه يحل ظاهر فى أن البيع بما يزيد على ما قدره الامام نافذ ولا يتوقف على اجازة القاضى (قوله قيل هو على اختلاف عرف الخ) يعنى فكما ان القاضى لا يبيع على المديون ماله عند ابى حنيفة خلافا لهما فكذا لا يبيع على المحتكر طعامه بغير رضاه عنده خلافا لهما بناء على انه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ وهما يريانه (قوله وقيل يبيع بالاتفاق) لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بين فى كتاب الحجر زيلعى قال فى الدرر وهو الصحيح واعلم ان العينى بعد ان حكى الاختلاف فى البيع على المحتكر هل هو بالاجماع او قول الصاحبين ذكر ما نصه واذا خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ من المحتكر الطعام وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله انتهى وقد ظهر لى ان ما قيل من أخذ الطعام وتفريقه ثم رد مثله اذا وجد مخرج على ما قيل من ان الامام لا يرى البيع على المحتكر فانه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ الا فى الثلاث المشهورة يرشد الى هذا ما نقله السيد الحموى عن البناية حيث قال وليس حجرا وانما هو للضرورة ومن اضطر الى مال غيره وخاف الهلاك جاز له اخذه بغير رضاه بخلاف البيع عليهم اذا امروا به فامتنعوا فانه مخرج على مذهب الصاحبين فى الحجر على المديون (قوله وقال مالك يلزم الوالى الخ) فالفرق بين مذهبنا ومذهبه باللزوم وعدمه (قوله يبيع ما فضل عن قوته الخ) بان

هى قوت الناس والبهائم كالبر والشعير والعنب والتمر والتبن والقت وهو قولهما وعليه الفتوى وقال أبو يوسف كلما أضر بالناس حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا وان طالت يكون احتكارا مكروها والفاصل أربعون يوما وقيل شهر والاصل ان التجارة فى الطعام غير محمودة اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس أما اذا لم يكن شئ من ذلك فهو محمود (لا غلة ضيعته) أى كره احتكار قوت لا احتكار غلة ضيعته (وما جلبه من بلد آخر) أى لا يكره احتكار ما جلبه من بلد آخر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يكره وقال محمد كل بقعة يجلب منها الى المصر فى العادة فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر فانه لا يكره (ولا يسعر السلطان) أى لا ينبغى للسلطان والامام ان يسعر على الناس مطلقا (الا ان) يتحكم و(يتعدى ويتجاوز ارباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا) بان يبيع قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بالمشورة من أهل الرأى والبصر ومن باع منهم بما قدره الامام صح وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف فى بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق وقال مالك يلزم الوالى ان يسعر عام الغلاء ثم اذا رفع هذا الامر الى القاضى يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة فى ذلك وينهاه عن الاحتكار ويزجره عنه فان رفع اليه مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده وان رجع اليه مرة أخرى

يترك له ما يكفيه وعياله الى اوان حدوث الجديد (قوله حبسه وعزره) الظاهر ان ذلك مخرج على مذهب الامام من عدم الحجر والقرينة على ذلك قوله فان رفع اليه مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده وأما على مذهبهما فلا حاجة الى وعظه وتهديده اذا رفع اليه ثانيا لانه اذا أمره أولا بالبيع فلم يبع يتولى البيع عليه بنفسه (قوله وجاز بيع العصير من خمار) لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة فان المعصية تقوم بعينه بخلاف الحديد حيث لا يكره بيعه منهم لانه لا معصية في عينه وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر في استعماله المحظور ثم ذكروا ان الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغي والفرق ان أهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة او بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب زيلعي في أحكام البغاة وظاهر اطلاق المصنف ان لا فرق في عدم كراهة بيع العصير من خمار بين البيع من ذمي أو مسلم لكن ذكر في الدرر ان المصنف نقل عن السراج والمشكلات انه بيعه من المسلم يكره (قوله وكره عند بعض العلماء) لما فيه من الاعانة على المعصية (قوله متعلق بالاربعة الاخيرة) فعلى هذا يجوز بيع العصير من الخمار مطلقا وان لم يكن بالسواد واليه يشير كلام الزيلعي والتنوير ولا ينافيه قول العيني وهذا قيد للكل لانه يراد بالكل ما عدا الاول (قوله وهذا عند أبي حنيفة) لان الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فهو كبيع الجارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها في دبرها أو بيع الغلام من لوطي كذا في الزيلعي لكن في حاشية الشلبي بالعزو الى الولوالجي يكره بيع الامرد ممن يعصي الله فيه لانه اعانة على المعصية وفيها عن المحيط اشترى المسلم الفاسق عبدا امرد وكان ممن يعتاد اتباع الامرد يجبر على بيعه (قوله وقالا لا ينبغي أن يؤجره لشئ من ذلك) لانه اعانة على المعصية ومن هنا ظهر ان ما ذكره الولوالجي من كراهة بيع الامرد ممن يعصي الله فيه أشبه بمذهب الصاحبين وما ذكره الزيلعي من عدم الكراهة اشبه بمذهب الامام لكن في قول الزيلعي فهو كبيع الجارية الخ نظر لان ظاهر هذه العبارة انهما يقولان بعدم الكراهة أيضا وليس كذلك فلو أبدله بقوله وعلى هذا يجوز بيع الجارية الخ أي عنده لكان أولى (قوله ويطيب له أجره عند أبي حنيفة رضي الله عنه) لان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورة الحمل لان حملها قد يكون للاراقة والتخليل فصار كمن استأجر لعصر العنب أو قطفه وما ورد عنه عليه السلام انه لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية كذا في الزيلعي وتبعه العيني ولو قال فصار كمن استؤجر بالبناء للمفعول لكان اولى (قوله وعندهما مكروه) قال فخر الاسلام قول أبي حنيفة قياس وقولهما استحسان حموي عن غاية البيان وعلى هذا الخلاف اذا أجر دابة لينقل عليها الخمر او أجر نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وعندهما يكره عيني (قوله وجاز بيع أرضها عندهما) قال العيني وبه يفتى لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء وللامام حديث ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها فان قلت كيف يستدل بالحديث على الكراهة مع انه يقتضي تحريم البيع قلت قال في شرح المجمع ان ظاهر النص يقتضي تحريم البيع وكونهم ملاكا يقتضي جواز التصرف في أملاكهم فيثبت بينهما الكراهة وأما كراهة اجارة أرضها فلا خلاف فيه لعدم ذكره في الكافي والهداية قال في الشرنبلالية فلينظر الفرق بين جواز البيع وعدم جواز الاجارة انتهى ووجه طلب الفرق ان الامام يقول بجواز البيع في رواية كما ذكره الشارح وغيره كصاحب الدرر بخلاف الاجارة فانه يقول فيها بالكراهة رواية واحدة والفرق ما اشار اليه في الدر حيث نقل عن التتارخانية والوهبانية ما نصه قال أبو حنيفة أكره اجارة بيوت مكة في أيام الموسم وكان يفتي بالنزول عليهم في بيوتهم لقوله تعالى سواء العاكف فيه والباد ورخص فيها في غير

ايام

حبسه وعزره على ما يرى حتى يمتنع عن سوء عمله (وجاز بيع العصير من خمار) وكره عند بعض العلماء (و) جاز (اجارة بيت ليتخذ بيت نار او بيعة) وهي معبد النصارى (أو كنيسة) وهي معبد اليهود (أو يباع) أي جاز اجارة بيت ليباع (فيه خمر بالسواد) من المصر متعلق بالاربعة الاخيرة وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يؤجره لشئ من ذلك وانما قيد بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار ثم قالوا هذا في سواد الكوفة فأما في سواد بلادنا فاعلام الاسلام فيها بادية فلا يمكنون فيها أيضا وهو الصحيح (و) جاز (حمل خمر لذمي بأجر) ويطيب له أجره عند أبي حنيفة وعندهما مكروه

أيام الموسم انتهى فعلة كراهة الاجارة التضييق على الحجاج الى هذا أشار شيخنا ومن هنا تعلم ان ما فى مختارات النوازل من قوله لا بأس ببيع بنائها واجارتها لا يخالف ما فى الزيلعى من قوله يكره اجارتها لحمل ما فى الزيلعى على الاجارة زمن الموسم وما فى مختارات النوازل على الاجارة فى غير زمن الموسم الى هذا أشار فى الدر أيضا بقى ان يقال ما ذكره الشارح حيث جعل جواز بيع أرضها مذهب الصاحبين موافق لما فى الزيلعى والعينى ويخالفه ما فى المجمع وشرحه حيث قال ويجيز أبو يوسف بيع أراضى مكة وكرهاه (قوله وتعشير المصحف الخ) وهو ان يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علامة وقول ابن مسعود جردوا القرآن فذلك فى زمنهم لانهم كانوا يتلقونه عنه عليه السلام كما أنزل عينى وان كان أصل الرواية انهما يكرهانه مخافة ان ينشأ قوم يدركون المصاحف منقوطة فيرون ان النقط من القرآن حموى ولا بأس بكتابة اسامى السور وعد الآى وعلامات الوقف ويكره تنزيها تصغير المصحف وكتابته بقلم دقيق ولا يجوز لف شئ فى كاغد فقه ونحوه در واذا صار المصحف خلقا بحيث لا يقرأ فيه يجعل فى خريطة ويدفن كالمسلم بزازية وقال فى غيرها يغسل فى ماء جار ولا يحرق واذا أمسك المصحف فى بيته للتبرك لا يأثم بل يرجى له الثواب وان لم يقرأ فيه ويكره مد الرجل اليه الا اذا كان معلقا شرنبلالية وفى القهستانى عن الزاهدى اذا خرجت الكتب عن الانتفاع بها يمحى عنها اسم الله والرسل والملائكة ثم يحرق الباقى وان القاها فى الماء الجارى او دفنها فلا بأس ويدفن المصحف وفى المنية لا يجوز ان يجلد القرآن بالمصحف ولو استعمل الوراقون كواغد من الاخبار والتعليقات فى المصحف وكتب التفسير والفقه فلا بأس به ولو استعمل فى كتب النجوم والادب يكره وفيه عن التحفة أخذ الفأل من القرآن مكروه (قوله ولو فصل هذه المسائل الخ) لان هذه المسائل ليست من جنس ما وقعت الترجمة له أعنى البيع والجواب انه ترجم لشئ وزاد عليه وهو غير معيب بخلاف ما اذا ترجم لشئ لم يذكره (قوله وجاز تحليته) ذكر الزيلعى قبيل باب الوتر ان تحلية المصحف بالذهب والفضة لا بأس بها وقال هنا أى يجوز تحلية المصحف كما فى نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت التحلية بذهب او فضة غير مموهة انتهى فالتحلية أعم من التمويه خلافا لما فى الشرنبلالية من ان التحلية غير التمويه (قوله ثم قالوا فى زماننا لا بد للعجم الخ) انما يحسن هذا ان لو مشى المصنف على كراهة التعشير والنقط فى المصحف لرواية ابن مسعود جردوا القرآن ليربو فيه صغيركم ولان التعشير والنقط أمر غير مفيد الا التقصير فى الحفظ اعتمادا على الخط قال فخر الاسلام هذا فى زمانهم أما فى زماننا فلا بد من النقط لانه ليس فى وسع العجم معرفة الاعراب من غير دلالة فيؤدى تركه الى هجران القرآن حموى (قوله وبالنقط يحفظ الاعراب) فالمراد بالنقط الشكل (قوله مطلقا) سواء كان حراما اوغيره لما روى انه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى المسجد وكانوا كفارا وقال ليس على الارض من نجاستهم شئ وتأويل الآية انهم لا يدخلون مستولين اوطائفين عراة كما كانت عادتهم اختيار شرح المختار (قوله وقال الشافعى يكره فى المسجد الحرام) مقتضاه ان محمدا مع الامام وأبى يوسف من عدم الكراهة مطلقا لكن فى الدر ذكر ان محمدا مع الشافعى فليحرر (قوله وعيادته) لانه عليه السلام عاد جاره اليهودى وقعد عند رأسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال أبوه أجبه فأجابه ثم مات فقال عليه الصلاة والسلام الحمد لله الذى انقذ بى نسمة من النار واطلق الذمى فشمل المجوسى وقيل ان كان مجوسيا لا يعوده لانه ابعد عن الاسلام من أهل الكتاب وقيل يعوده لما فيه من اظهار محاسن الاسلام وترغيبه وتأليفه وقد ندبنا اليه ولا يدعو للذمى بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اهد قومى فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر لا يجوز لان فيه التمادى على الكفر وقيل يجوز لان فى طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الخلاف الدعاء بالعافية ولا بأس برد السلام على الذمى ولا يزيد على قوله وعليكم ولا يبدأه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكره الا اذا كان له حاجة وتعزية الكافر أخلف الله عليك خيرا وأصلحك أى بالاسلام ورزقك

(و) جاز (بيع بناء بيوت مكة) بالاجماع (و) جاز بيع (أرضها) عندهما وهو أحد الروايتين عن أبى حنيفة (و) جاز (تعشير المصحف ونقطه) بفتح النون ولو فصل هذه المسائل عما قبلها كما فصل فى الكافى أو قال فى الاول فصل فى البيع وغيره لكان أولى (و) جاز (تحليته) ثم قالوا فى زماننا لا بد للعجم من دلالة فالتعشير يحفظ الآى وبالنقط يحفظ الاعراب فكانا حسنين (و) جاز (دخول ذمى مسجدا) مطلقا سواء كان حراما اوغيره وقال الشافعى يكره فى المسجد الحرام (وعيادته) أى جاز عيادة المسلم ذميا واختلفوا فى عيادة الفاسق

ولد امسلما الان الخبرية به تظهر والمسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وكثر عددك زيلعى والعزاء بالمد كذا بخط شيخنا (تتمة) قال فى الصحاح يقال لمن ذهب له مال أوولد اوشئ مما يستعاض أخلف الله عليك أى رد عليك مثل ماذهب فان كان قدهلك له ولد أوعم أوأخ قلت خلف الله عليك بغير الف اى كان الله خليفة والدك أومن فقدته عليك انتهى من مناهى نوح أفندى ونقل عن القاموس مايفيد جواز استعمال كل موضع الآخر (قوله والاصح انه لا بأس به) لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين زيلعى (قوله وانزاء الحمير الخ) لانه عليه السلام ركب البغلة واقتناها ولولم يجز لما فعله والانزاء من النزء وهو الوثب وهو كناية عن الجماع (قوله بالفتح) يحتمل ان يراد بالفتح فتحة الكاف من قوله كسوته ويحتمل ان يرادبه النصب أى نصب الثوب لانه مفعول المصدر حموى قال شيخنا والاحتمال الاول أقرب لاستعمال الفتح فى حقيقته (قوله أى العبد التاجر) بالجر اذهو بيان للضمير المجرور فى هديته والتقدير وكره هدية العبد التاجر النقدين فالاضافة من قبيل اضافة المصدر للفاعل (قوله وفى الاستحسان تجوز الهدية اليسيرة) لانه لايجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه الجاهزون ويجاب قلوب المعاملين درر والجاهز الغنى من التجار وكأنه أريد به المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف الى الجاهز عزمى (قوله وكسبه) لم يظهر لى وجه كراهة كسب الخصى حموى (قوله اطلاقه) يشير الى أن مطلق الخدمة مكروه وعليه جرى الزيلعى لتعليله بقوله لان فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة وقد صح انه عليه السلام نهى عنها فيحرم (قوله وهو الدخول فى الحريم) وقع فى نسخة السيد الحموى الحرم فقال جمع حرمة بمعنى المرأة مثل غرفة وغرف كما فى المصباح (قوله بمعقد العز) يروى بعبارتين الاولى من العقد والثانية من القعود ولاشك فى كراهة الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانها توهم تعلق عزه بالعرش والعرش حادث وما تعلق به بهذا الوجه يكون حادثا ضرورة وعز الله تعالى قديم لاينفك عنه ازلا وأبدا كذا فى الدرر وقوله بهذا الوجه زيادة على الزيلعى قال شيخنا ومراده به جعل العز صفة الله تعالى متعلقا بالعرش (قوله وعن أبى يوسف الخ) الذى فى الدرر وقال أبو يوسف لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لما روى انه عليه الصلاة والسلام كان من دعائه اللهم انى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولعل السر فى التجويز جواز جعل العز صفة للعرش لان العرش موصوف فى القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يخفى على أحد انه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة وان كان الله مستغنيا عنه وعلى هذا تكون من بيانية أى بمعقد العز الذى هو عرشك وهذا وجه وجيه لما اختاره الفقيه حموى عن المقدسى قلنا انه خبر واحد فالاحتياط فى المنع شرنبلالية عن الهداية ومعقد بكسر القاف شلبى (قوله وبحق فلان الخ) لانه لا حق للخلق على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء بلا وجوب عليه درر (قوله وكره اللعب بالشطرنج) تحريما الشطرنج بكسر أوله ويهمل ولا يفتح الانادرا درر ووجه الكراهة قوله عليه السلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته لقوسه ولا بأس بالمسابقة فى الرمى والفرس والابل وان شرط المال من جانب واحد بأن قال أحدهما لصاحبه ان سبقتنى فلك كذا وان سبقتك فلا شئ لى لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا فى خف اى بعير او نصل أى رمى أو حافر أى فرس وحرم لو شرطاه من الجانبين بأن قال ان سبق فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسى فاعطنى كذا الا اذا دخلا ثالثا بينهما وقالا له ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولا بد من كون فرس الثالث يتوهم سبقه لفرسيهما بأن تكون مثلهما فلو لم تكن كذلك لم تجز لانه لا فائدة فى ادخاله بينهما فلم يخرج من ان يكون قمارا ابن فرشته وأيهما سبق أخذ المال المشروط يعنى اذا لم يسبقهما الثالث كما فى الشرنبلالية قال فى الدرر وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذى معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لم يجز كما فى المسابقة واعلم

والاصح انه لا بأس به (و) جاز (اخصاء البهائم دون الآدمى ولا بأس بكى الاغنام واخصائها واخصاء الهرة ولا بأس بكى الصبيان اذا كان لداء (وانزاء الحمير على الخيل وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب) بالفتح مصدر كسوته الثوب (و) كره (هديته النقدين) أى العبد التاجر والقياس ان لا يجوز فى الكل وفى الاستحسان تجوز الهدية اليسيرة والدعوة اليسيرة (وكره استخدام الخصى وكسبه) اطلاقه يشير الى ان مطلق الخدمة مكروه وذكر فى الاصح انه يكره استخدامهم فى الخدمة المعهودة وهو الدخول فى الحريم (و) كره (الدعاء) بان يقول أسألك (بمعقد العز من عرشك) وعن ابى يوسف انه لا بأس به وبه أخذ أبو الليث (و) بان يقول (بحق فلان) او بحق انبيائك ورسلك أو بحق البيت والمشعر الحرام ولو قال رجل لغيره بحق الله او بالله تفعل كذا لا يجب على ذلك الغير ان يأتى بذلك الفعل شرعا وان كان الاولى ان يأتى به (و) كره (اللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو)

ا ب

ان كلام ابن فرشته يشير الى جواز اشتراط الجعل من الجانبين فيما اذا تنازعا فى مسئلة بشرط ادخال ثالث بينهما على نحو ما سبق فى المسابقة معللا بأن فيه حثا على العلم كما كان فى المسابقة حث على الجهاد وكذا تجوز المسابقة بالمشى بالاقدام أعنى العدو كما فى الخانية والاشبه ان يكون فيه النضل بالضاد المعجمة وان كان معناه فى كتب اللغة الغلبة فى الرمى لا الرمى كما ذكره عزمى وقوله فى الحديث لا سبق الخ بفتح الباء ما يجعل من المال للسابق على سبقه وبالسكون مصدر سبقت أى لا تجوز المسابقة بعوض الا فى هذه الاجناس الثلاثة قال الخطابى والرواية الصحيحة بالفتح كذا بخط شيخنا من المناوى وقوله ملاعبة الرجل أهله كذا وقعت عبارة الحديث فى كلام الزيلعى قال عزمى زاده وعبارته فى الهداية مع أهله وهو الظاهر انتهى وقوله ومناضلته لقوسه كذا فى أكثر نسخ الدرر باللام والظاهر بقوسه بالباء كما فى الزيلعى كذا ذكره عزمى أيضا بقى ان يقال فى اقتصار صاحب الدرر على ذكر الفرس قصور لجواز المسابقة بغير الفرس كالحمار قال فى الاختيار تجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمير والابل والرمى (فائدة) كانت العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسبق فجاء اعرابى على قعود فسبقها فشق ذلك على المسلمين فقال عليه الصلاة والسلام ما رفع الله شيئا الا وضعه وفى الحديث سابق صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر فسبق عليه الصلاة والسلام وصلى أبو بكر وثلث عمر نوح افندى قال فى القاموس صلى الفرس تلا السابق وقال فى الصحاح صلى الفرس اذا جاء مصليا وهو الذى يتلو السابق لان رأسه عند صلاه ثم قال والصلا ما عن يمين الذنب وشماله وهما صلوان من مناهى نوح أفندى ووجدت معزيا للمناهى ايضا ما نصه ناقة عضباء أى مشقوقة الاذن وأما ناقة النبى عليه السلام التى كانت تسمى العضباء فانما كان ذلك لقبا لها ولم تكن مشقوقة الاذن كذا فى الصحاح انتهى (تتمة) ما سبق من الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الخ نص صريح فى تحريم الرقص الذى تسميه المتصوفة الوقت الخ العينى (قوله وان قامر بها فهو حرام بالاجماع) يفهم منه ان اللعب بالنرد لا يكون حراما بالاجماع الا اذا قامر به وليس كذلك كما فى البناية حموى واعلم انه يكره السلام على لاعب الشطرنج عندهما استحقارا به واهانة له ولم ير أبو حنيفة بالسلام بأسا ليشغله عن اللعب شرنبلالية (قوله وأباح الشافعى الشطرنج) لتشحيذ الخاطر وتذكية الفهم عينى قال شيخنا وهو رواية عن أبى يوسف ورجحه ابن الشحنة (قوله وكان متأولا) الذى يظهر من كلامهم ان المراد بالتأول دعوى انه انما لعب بقصد تشحيذ الذهن وتذكية الفهم (قوله وهو ان يجعل فى عنق عبده طوق حديد) كذا ذكره الاتقانى وقال العينى هو طوق من خشب الخ (قوله لا بأس بالغل) الغل بالضم طوق من حديد يجعل فى العنق كذا نقل عن المصباح لكن فى القاموس الغل واحد الاغلال وفلان فى عنقه او يده الغل انتهى (قوله والحقنة) ويجوز النظر كما فى التبيين معللا بالضرورة وقد يقال لا ضرورة حموى (قوله للتداوى) يشير الى ما فى العناية من عدم اباحة الحقنة للتسمين وهذا لا ينافى ما قدمه الشارح من أنه يجوز الاحتقان للمرض والهزال الفاحش لانه امارة المرض كما سبق (قوله ولا يجوز استعمال المحرم فى الحقنة الخ) أى الا لضرورة بأن علم ان فيه دواء ولم يوجد من المباح ما يقوم مقامه وفى الخانية عن أبى نصر بن سلام معنى قوله عليه الصلاة والسلام لم يجعل الله شفاءكم فيما حرم عليكم اى فى الاشياء التى لا تكون شفاء واما اذا كان فيه شفاء فلا بأس به كالعطشان يحل له شرب الخمر حالة الاضطرار انتهى وذكره الزيلعى ايضا فى الاشربة بالعزو الى النهاية ونصه ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر فى النهاية ان الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء وليس دواء آخر غيره وذكر الزيلعى هنا بالعزو الى النهاية ايضا ما نصه يجوز التداوى بالمحرم كالخمر والبول اذا اخبره طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله فى داء عرف له غير المحرم انتهى (تتمه) لا بأس بالرقى

وان قامر بها فهو حرام بالاجماع واباح الشافعى الشطرنج قال سهل بن محمد الصعلوكى رئيس أصحاب الشافعى اذا سلمت يداه من الخسران والصلاة من النسيان واللسان عن الهذيان فهو أدب بين الخلان ثم ان قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته وان لم يقامر به وكان متأولا قبلت شهادته وبقيت عدالته (و) كره (جعل الراية فى عنق العبد) وهو ان يجعل فى عنق عبده طوق حديد مسمرا بمسمار حديد يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظالمين قالوا هذا فى زمانهم وأما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا فى الهنود كذا فى الخلاصة وفى فتاوى السراجية قال الامام الاسبيجابى لا بأس بالغل اذا خيف منه الاباق (وحل قيده والحقنة) للرجل والمرأة للتداوى ولا يجوز استعمال المحرم فى الحقنة كالخمر ونحوها (و) حل (رزق القاضى) من بيت المال مطلقا سواء كان غنيا أو فقيرا وقال بعضهم ان كان غنيا أخذه حلال

لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وماجاء فيه من النهى محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر كذا فى الشرنبلالية عن تبيين الزيلعى وفيها عن قاضيخان امرأة أرادت ان تصنع تعاويذات ليحبها زوجها بعدما كان يبغضها ذكر فى الجامع الصغير ان ذلك حرام لا يحل انتهى لانه ضرب من السحر انتهى (وقوله وتركه أفضل) رفقا ببيت المال (قوله والاصح ان أخذه أفضل) لان ماله يفرغ بالنفقة الدائمة وفيه صيانة للحكم عن ان يهون عند الملوك ونظر لمن يجيء بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج درر وزيلعى (قوله أما الاول فحرام) لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه زيلعى (قوله وليس ذلك بمال عامة المسلمين) أى ما جمع فى بيت المال من حرام اما ما جمع من حلال بحق فهو مال لهم معد لمصالحهم حموى (قوله وعليه الفتوى) أى على اعطاء القاضى رزقه من بيت المال آخر السنة حموى (قوله وعلى قياس قول محمد لزمه ازد) وهو الصحيح قياسا على الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ترد نفقة ما بقى عند محمد خلافا لابى يوسف عناية (قوله وحل سفر الامة الخ) وكذا المكاتبة كما فى الدرر (قوله واما فى زماننا فلا) لغلبة أهل الفساد درر وعليه الفتوى قهستانى (قوله وشراء ما لا بد الخ) اصله ان التصرفات على الصغير ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه من هو فى يده ولياكان اولا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبى بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالطلاق والعتاق فلا يملكه هو ولا احد عليه ونوع متردد بين النفع والضر كالبيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما وان لم يكن الصغير فى ايديهم لانهم متصرفون بحكم الولاية عليه كما فى الكافى واستئجار الظئر من النوع الاول ونوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوى الارحام عند عدمهم درر (قوله فى حجرهم) حجر الانسان بالفتح وقد تكسر حضنه وهو ما دون ابطه الى الكشح وقولهم هو فى حجره أى كنفه وحمايته مصباح (قوله وتؤجره امه فقط) دون المذكورين لانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بأن تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفى رواية القدورى يجوز ان يؤجره الملتقط ويسلمه فى صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير زيلعى وفى فوائد صاحب المحيط اذا اجر الاب او الجد او القاضى الصغير فى عمل قيل انما يجوز اذا كانت بأجر المثل والصحيح جواز الاجارة ولو بالاقل وذكر شمس الائمة للاب ان يعير ولده الصغير وليس له ان يعير ماله و بهذا اذا كان ذلك فى تعلم الحرفة فيخدم استاذه وفى غير ذلك لا يجوز كذا فى فصول العمادى درر وقوله والصحيح انه يجوز الاجارة ولو بالاقل حمله فى الشرنبلالية على الغبن اليسير وحمل ما قبله من عدم الجواز على الغبن الفاحش فانتفت المخالفة (قوله مطلقا) راجع لقوله وتؤجره الام يعنى لا فرق بين ان يكون فى حجرها أولا حموى فهو فى مقابلة التفصيل الآتى عند محمد ولو اجر الصبى نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه زيلعى (فروع) يستحب قلم أظافيره يوم الجمعة ويستحب البدء باليدين قبل الرجلين فيبدأ بمسبحة يده اليمنى ثم الوسطى ثم البنصر ثم الخنصر ثم الابهام ثم يعود الى اليسرى فيبدأ بخنصرها ثم ببنصرها الى آخرها ثم يعود الى الرجل اليمنى فيبدأ بخنصرها ويختم بخنصر اليسرى كذا ذكره ابن ملك عن النووى عند قوله عليه الصلاة والسلام الفطرة خمس وقال ابن حجر فى شرح الشمائل ولم يثبت فى كيفيته ولا فى تعيين يوم له شئ وما يعزى من النظم فى ذلك لعلى او غيره باطل انتهى ويستحب دفن قلامة اظفاره وما جزه من شاربه وشعره فان رمى به فلا بأس وان القاه فى الكنيف او المغتسل يكره كما فى منية المفتى ويستحب حلق عانته وتنظيف بدنه بالاغتسال فى كل اسبوع فان لم يفعل ففى كل خمسة عشر يوما ولا عذر له فى تركه وراء الاربعين والاسبوع هو الافضل وفى شرح المشارق لابن ملك روى مسلم عن انس بن مالك وقت لنا فى تقليم الاظفار وقص الشارب ونتف الابط أن لا نترك أكثر من أربعين ليلة وهو من المقدرات التى ليس للرأى فيها مدخل فيكون كالمرفوع

انتهى

وتركه أفضل والاصح ان أخذه أفضل وان كان فقيرا محتاجا فعليه أى الواجب ان يأخذ رزقه وكفايته وهذا على وجهين اما ان يكون شرطا او معاقدة كعقد الاجارة او يكون كفاية ومؤنة كالنفقة أما الاول فحرام وأما الثانى فلا بأس به هذا اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق فان كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه وليس ذلك بمال عامة المسلمين وتسميته رزقا يدل على انه مقدر بالكفاية فى كل زمان وقد جرى الرسم باعطائه فى أول السنة وفى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة فيعطى القاضى آخرها والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية فى الصحيح وعليه الفتوى وان أخذ الرزق فى أول السنة ثم عزل قبل مضى السنة يجب رد رزق ما بقى من السنة وقال بعضهم لا يجب الرد وقال بعضهم على قياس قولهما لا يلزمه الرد وعلى قياس قول محمد يلزمه الرد وهو الصحيح روى ان عليا رضى الله عنه رزق شريحا خمسمائة درهم كل شهر (و) حل (سفر الامة وأم الولد) (بلا محرم) قالوا هذا فى زمانهم وأما فى زماننا فلا (وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه) يجوز (للعم والام والملتقط لو) كان الصغير (فى حجرهم وتؤجره أمه فقط) أى دون العم والملتقط مطلقا عند أبى يوسف وعند محمد اذا كان فى عيال الغير لا يجوز لها

انتهى فيكره ترك قص الشارب فوق اربعين تحريما ذكره شيخنا الان يكون مجاهدا فيندب توفيره ليكون اهيب في عين العدو وكذا يندب توفير الاظفار لانه اذا سقط السلاح من يده يتمكن من دفع العدو باظافيره (تتمة) رجل تعلم علم الصلاة اونحوه ليعلمه الناس وآخر ليعمل به فالاول أفضل * اذا كان الرجل يصوم ويصلي ويضر الناس بيده ولسانه فذكره بما فيه لا يكون غيبة * توبة اليأس مقبولة مالم يغرغر قال في رياض الصالحين بالعزو الى النووي وعن عبدالله بن عمر بن الخطاب عنه عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله عز وجل يقبل توبة العبد مالم يغرغر وصرح بهذا القيد ايضا في شرح الفقه الاكبر المسمى بالقول الفصل لكن ذكر بعده قبولها ولو في الغرغرة واما ايمان اليأس فغير مقبول لان الكافر أجنبي غير عارف بالله وابتدأ ايمانا وعرفانا والفاسق عارف وحاله حال البقاء ومعنى اليأس انه فرغ امله من الحياة والغرغرة كما في مختار الصحاح تردد الروح في الحلق وينبغي للمسلم ان يتعود هذا الدعاء صباحا ومساء فانه سبب العصمة عن الكفر اللهم انى أعوذبك من ان اشرك بك شيئا وانا أعلم واستغفرك لما لا اعلم انك أنت علام الغيوب واستفيد منه مشروعية الاستغفار والتوبة مما لم يعلمه يقينا وظنا بأن شك في وقوعه فتاب منه ولا يلزم الكفر في الماضي فيما اذا قال ان كان وقع مني كفر فقد دخلت في دين الاسلام آتيا بالشهادتين لان الشك في الوقوع والايمان ثابت بيقين فلا يزول بالشك وقوله دخلت أي دمت كما في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا آمنوا بالله ورسوله أي دوموا قاله في الجلالين قال شيخنا فلا اعتراض على برجلي افندى * نصراني أتى مسلما فقال اعرض على الاسلام حتى اسلم فقال اذهب الى فلان العالم حتى يعرض عليك الاسلام فتسلم عنده اختلفوا فيه قال أبو جعفر لا يصير كافرا الان العالم يهتدي الى مالا يهتدي اليه غير العالم * لوقال انا اعلم المسروقات يكفر ومن صدقه يكون كافرا خانية * ولو عزم على ان يأمر غيره بالكفر كان بعزمه كافرا وكذا اذا عزم على الكفر بعد حين يكفر في الحال كما في العزمية * اختلفوا في قبول شهادة رجل وامرأتين على الاسلام واعتمد قاضيخان رواية انها تقبل فيجبره الامام على الاسلام ويحبسه ولكن لا يقتله لان نفساما لا تقتل بشهادة النساء كما ذكره نوح افندى * شهد نصرانيان على نصراني انه اسلم وهو ينكر لم تقبل لانه مرتد في زعمهما ولا شهادة لاهل الذمة عليه كذا بخط شيخنا ثم نقل عن الدرر مانصه وفي النوادر تقبل شهادة رجل وامرأتين على الاسلام وشهادة نصرانيين على نصراني بأنه اسلم انتهى وقوله تقبل شهادة رجل وامرأتين يعني من أهل الاسلام نوح افندى عن قاضيخان بقي ان يقال على القول بقبول شهادة النصرانيين على النصراني بأنه اسلم على ماذكره في النوادر هل المعنى انه يجبر على الاسلام ولو بالقتل لم اره والظاهر انه يجبر ويحبس ولا يقتل لثبوت الخلاف في قبول الشهادة فلا أقل من ان يكون ذلك مسقطا للقتل عنه

(كتاب احياء الموات)

في القاموس الموات كسحاب وغراب مالا روح فيه وأرض لا مالك لها حموى (قوله من حيث ان الخ) ومن حيث ان فيه بيان مايكره ومالا يكره حموى عن الغاية (قوله نموذج النعم) النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموذه وهوان يعلم بهذا المقدار لذة ما اعدله في الآخرة ليرغب في تحصيل سبب توصله اليه كذا بخط شيخنا عن النهاية (قوله انبات الارض الهامدة) واثبات الطراوة الزائدة واصلاح ما افسده الزمان بمرور الايام والتسبب للخصب في اقوات الانام حموى (قوله بالحياة النامية) لا الحياة الحسية قال في الدرر واحياؤه ببناء اوغرس اوكراب اوسقى (قوله هي ارض الخ) انث الضمير مراعاة للخبر (قوله وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة) كغلبة السباخ والملح والرمل حموى (قوله مرفوع بالصفة) أي لارض حموى ولا يخفى ان يكون عامل الرفع في غيرها والصفة انما هو على المرجوح الذي هو التبعية

(كتاب احياء الموات)
المناسبة بين الكتابين من حيث ان في كل منهما العمل بالاحسن ففي احياء الموات انبات الارض الهامدة أو اجراء الانهار تحت النخل والاشجار وهذا أمر مستحسن فان النعم العاجلة نموذج النعم الآجلة والمراد بالاحياء فيها احياؤها بالحياة النامية قال تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها واغماءى مواتا لبطلان الانتفاع بها كالميت الحقيقي ولهذا قال (هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها) وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة (غير مملوكة) قوله غير مرفوع

ويراد فيها الصفة والراجح كونه المبتدأ هنا اذ هو العامل فى المتبوع كذا ذكره شيخنا (قوله بعيدة من العامر) هو قول أبى يوسف فمدار الحكم على البعد عنده وهو المختار كما فى المختار وانقطاع الارتفاق عند محمد وبه يفتى كما فى زكاة الكبرى وهو ظاهر الرواية كما فى شرح الطحاوى قال الزيلعى وشمس الائمة اعتمد قول أبى يوسف كذا بخط شيخنا (قوله اى القرية) فى تفسير العامر بالقرية قصور حموى (قوله وفى الذخيرة الخ) ما فى الذخيرة سند لما قبله (قوله جهورى الصوت) أى عالى الصوت (قوله هذا اذا كانت غير مملوكة) لا حاجة اليه بعد التصريح به فى كلام المصنف حموى واجاب شيخنا بأنه انما اعاد ذكره توطئة للتصريح بمفهومه (قوله فهو لجماعة المسلمين) الذى فى الزيلعى انه ان لم يعرف المالك فهو لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى جميع اللقطات (قوله ويضمن الزارع نقصانها) يعنى ان نقصت بالزراعة والا فلا شئ عليه كما فى الزيلعى حموى (قوله قدم) بالضم قدما بوزن غبن فهو قديم شيخنا عن المختار (قوله فهو موات) أى حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف فى الموات لانه موات حقيقة كما فى الزيلعى واعلم ان ما ذكره القدورى من انه اذا لم يعرف المالك فهى حكم الموات مخالف لما سبق عن الزيلعى من انه اذا لم يعرف المالك كانت فى حكم اللقطة وظاهر كلام القهستانى يفيد ترجيح ما ذكره القدورى ونصه وفى الذخيرة ان الاراضى التى انقرض أهلها كالموات وقيل كاللقطة انتهى (قوله وبغير اذنه لا يملكه الخ) وهذا لو مسلما فلو ذميا شرط الاذن اتفاقا ولو مستأمنا لم يملكها أصلا اتفاقا در عن القهستانى ومن هنا تعلم ما فى عبارة الدرر خصوصا بالنسبة لشرحه والا فعبارة المتن بقطع النظر عن الشرح قابلة للحمل على وجه صحيح واعلم ان المسلم يجب عليه العشر والذمى الخراج لانه ابتداء وضع فيجب على كل منهما ما يليق به وان سقاه من ماء الخراج اعتبر به شرنبلالية عن الاختيار (قوله وقالا يملكه) لحديث من احيا أرضا ميتة فهى له ولانه مباح سبقت يده اليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز وله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الاراضى كانت فى ايدى الكفرة ثم صارت فى ايدى المسلمين فصارت فيئا ولا يختص بالفئ أحد دون رأى الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد وامثاله لانها لم تكن فى ايدى الكفرة فلم تكن فى حكم الفئ ومرويهما كان اذنا منه عليه الصلاة والسلام لا نصب شرع كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه ومن احياه واتا ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربع من أربعة نفر على التعاقب فطريق الاولى فى الارض الرابعة فى المروى عن محمد لانه لما احيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الآخر للاستطراق زيلعى لقصد الرابع ابطال حقه هداية (تتمة) ما نقل عن الشارع على وجهين شرع واذن بشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء او رعف الخ وانه كثير النظير والثانى كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فليس السلب عندنا للمقاتل الا اذا نفله الامام ثم قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له عندهما شرع وعند أبى حنيفة اذن بالشرع شلبى عن مشكلات خواهر زاده والحاصل كما فى العناية ان دليلهما قابل للتأويل اذ يجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهى له اذنا لقوم معينين كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه بخلاف دليل الامام فانه لا يقبل التأويل فكان راجحا (قوله وان حجر) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف شلبى (قوله لا يملكه) لكنه هو أولى بها فلا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق هذا من طريق الديانة واما فى الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول عينى لكنه يكره كالسوم على سوم غيره شرنبلالية فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره قبل الثانى احق بها لانه ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثانى أحق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء كما نطق به الحديث اذ الاضافة بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك هداية ولقائل ان يقول الاستدلال بقوله عليه السلام من أحيا ارضا ميتة فهى له على

بالصفة (بعيدة من العامر) أى القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لم يسمع الصوت منه فهو موات وفى الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد مروى عن أبى يوسف قال يقوم رجل جهورى الصوت من أقصى العمران على مكان عال وينادى باعلى صوته فان الموضع الذى لا يسمع صوته فيه يكون بعيدا وعنه فى رواية أخرى ان البعيد وقدر غلوة كذا فى شرح السيد ويعتبر عند محمد انقطاع انتفاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية هذا اذا كان غير مملوك لاحد أما اذا كان مملوكا لاحد فان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف مالكه فهو لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها وذكر القدورى اذا كان قدم خرابها اوكان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية فهو موات (ومن أحياه) أى ومن جعله صالحا للزراعة (باذن الامام ملكه) وبغير اذنه لا يملكه عند أبى حنيفة رح وقالا يملكه (وان حجر) بعد الاذن (لا) يملك لتحجير الاعلام

مذهبهما صحيح واما على مذهب الامام ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا أذنه الامام كان شرعا عناية بقي ان يقال ماذكره المصنف من عدم ثبوت الملك بمجرد التحجير هو الصحيح كما في الهداية وقال شيخ الاسلام انه يفيد ملكا موقتا بثلاث سنين كما في القهستاني وعليه فينبغي ان يثبت له ولاية منع الغير من احيائها قبل ثلاث سنين ولم اره (قوله من الحجر) بسكون الجيم المنع و بفتحها واحد الاحجار (قوله ثم هي الخ) انث الضمير مع ان مرجعه التحجير باعتبار كونه علامة (قوله من غير أن يتم المسناة) المسناة بضم الميم وتشديد النون الطريق على ماذكره الحدادي في الجوهرة وقيل هي البئر بلغتنا وفي المغرب المسناة ما يبنى لدفع الماء عن الارض (قوله ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا فصار كالطريق والنهر وعلى هذا قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غناء عنه للمسلمين كالملح والآبار التي يستقى منها الماء عيني (قوله في أرض موات) فلو في ملك الغير لا يستحق الحريم ولو في ملكه فله من الحريم ما شاء در عن القهستاني (قوله فله حريمها الخ) حريم الشيء ما حوله من حقوقه ومرافقه سمي بذلك لانه حرم على غير مالكه ان يستبد بالانتفاع به حموي عن المصباح (قوله أربعون ذراعا) واذا كان عمق البئر زائدا عن الاربعين يزاد عليها شرنبلالية عن شرح المجمع لكن نسبه القهستاني لمحمد ثم قال و يفتى بقول الامام كذا في الدر (قوله من كل جانب) وقيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والاول هو الصحيح لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجنبها فيتحول ماء الاولى في الثانية ولا يندفع هذا الضرر بالعشرة من كل جانب عيني (قوله من كل جانب منه) أي من حفر البئر كذا ذكره شيخنا واشار الى وجه تذكير الضمير اذ كان ينبغي تأنيثه لكون مرجع الضمير الذي هو البئر مؤنثا (قوله سواء كان للعطن) أي سواء كان حفرها للعطن او للناضح والعطن مناخ الابل قال في القاموس العطن محركا وطن الابل ومبركها حول الحوض ومربط الغنم حول الماء و جمعه اعطان كذا بخط شيخنا (قوله عند أبي حنيفة) وبه يفتى در عن القهستاني (قوله وعندهما في الناضح ستون ذراعا) لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشاء وفي بئر العطن يستقى بيده فلابد من التفاوت بينهما وله ما رويناه من غير فصل ومن أصله ان العام المتفق على قبوله والعمل به مرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة ومن هنا رجح أصحابنا كلهم قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا الخ زيلعي وأراد بقوله ومن أصله ان العام الخ قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا لان كلمة من تفيد العموم وأراد بقوله مرجح على الخاص حديث الزهري حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كما في العناية وقوله رجح أصحابنا كلهم قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا هو ما استدل به الشافعي على جواز بيع التمر على رأس النخل بتمر مجدود مثل كيله خرصا فيما دون خمسة أوسق لما روي من انه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة بيع التمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد اذن لهم الخ ماذكره الزيلعي في البيع الفاسد فان قيل كيف يدعى الاتفاق على العمل بالحديث العام مع ما فيه من خلاف الصاحبين قلت لا خلاف لهما بالنسبة للاربعين ذراعا بل فيما زاد عليها فدعوى الاتفاق على العمل به من هذه الجهة (قوله من الجوانب الاربع الخ) فيه انه يلزم حينئذ كون حريم الناضح أقل من حريم العطن لما تقدم من ان الصحيح ان حريم العطن أربعون ذراعا من كل جانب فالصواب ان يقال ستون ذراعا من كل جانب بدليل ماذكره الشلبي عن الاتقاني معزيا لمختصر الطحاوي حيث قال وان كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب الا ان

مشتق من الحجر وهو المنع فان أعلم في موضع من الموات علامة فكانه منع الغير من الاحياء ثم هي قد تكون بوضع الاحجار عليه وقد تكون بغيرها بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الارض واحرق ما فيها من الحشيش والشوك أو حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلهما حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين ولو كربها أو ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد انه يكون تحجيرا ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء وان حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) فيترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم وقد مر الفرق بين القريب والبعيد آنفا (ومن حفر بئرا في) ارض (موات) باذن الامام عنده وبغير اذنه عندهما (فله حريمها) منه اربعون ذراعا من كل جانب) مطلقا سواء كان للعطن وهي التي ينزح الماء منها باليد أو كانت للناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير عند أبي حنيفة وعندهما في الناضح ستون ذراعا من الجوانب الاربع في كل جانب خمسة عشرة ذراعا

يتجاوز الحبل الستين فيكون له الى منتهى حبلها انتهى ويمكن الجواب بأن ماذكره الشارح من كون حريم الناضح ستين من الجوانب لاربع يتجه على ما قيل من ان حريم العطن أربعون من الجوانب الاربعة وان كان خلاف الصحيح فتنبه (قوله وحريم العين خمسمائة) لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف كان الدرر أي بالسماع من الشارع (قوله والذراع هي المكسرة) المراد بالذراع المكسرة ذراع العامة وهي ذراع الكرباس اقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام في كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام وهذا اختيار خواهر زاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لانه اليق بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة وفيه نظر لان أصحاب المساحة ذكروا في كتبهم ان الذراع هي الهاشمية وهي ثمان قبضات والقبضة أربعة أصابع والاصبع ست شعيرات بطونها ملتصقة لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون حموي عن النهاية وانما وصفت بذلك أي المكسرة لانها نقصت بقبضة عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة شيخنا عن العناية (قوله وهي ست قبضات) أي ذراع العامة عناية (قوله منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان متعديا بتصرفه في ملك غيره درر (قوله فللاول ان يسد ما احتفره الثاني) يعني متبرعا بقرينة قوله ولا يضمنه النقصان حموي وما عطب في البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره زيلعي (قوله وللاول ان يؤاخذه بكبس ما احتفره) أي ملء ما احتفره بالتراب يقال كبس البئر اذا ملأها بالتراب لان ازالة جناية حفره به أي بالكبس كما في كناسة يلقيها في دار غيره يؤاخذ برفعها كذا بخط شيخنا وانما وضع الظاهر موضع المضمر حيث قال وللاول ولم يقل وله لئلا يتوهم رجوعه للثاني في بادئ النظر حموي (قوله وقيل يضمنه النقصان) وليس له ان يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه ان يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار يعني فتقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما شلبي واعلم ان عدم المؤاخذة ببناء الجدار مختلف فيه فمنهم من أوجب عليه الاعادة واطلق ومنهم من قال ان كان جديدا يعيده وان كان قديما ضمن النقصان لانه لو أعاده يكون غصبا وضمان العدوان مقيد بالمثل وهذا كله بالنسبة لغير حائط المسجد ففيه يؤاخذ بالاعادة اتفاقا على ما يفهم من كلام الشلبي (قوله وغرق الثاني) صوابه وتحول الى الثاني حموي (قوله فلا شئ عليه) لانه غير متعد والماء تحت الارض غير مملوك لاحد كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا مثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بسببه درر (قوله وللثاني الحريم من الجوانب الثلاث) يفهم منه انه لو حفر ثالث كان له الحريم من الجانبين حموي عن المقدسي (قوله دون الجانب الاول) لسبق ملك الاول فيه (قوله وللقناة) هي مجرى الماء تحت الارض زيلعي (قوله بقدر ما يصلحه مطلقا) يتأمل في مقابل الاطلاق كذا ذكره السيد الحموي واقول مقابل الاطلاق ما سيذكره الشارح من قوله قيل وهذا عندهما واما عنده فلا حريم له مالم يظهر الماء على وجه الارض ولهذا فسر شيخنا الاطلاق بقوله ظهر الماء على وجه الارض أم لا (قوله واما عنده فلا حريم له) أي عند أبي حنيفة (قوله خمسة أذرع) أي من كل جانب كما في تنوير الابصار لانه يحتاج اليه لجداد ثمره وللوضع فيه حموي (قوله أي ماؤه) أشار بهذا التفسير الى ان في اسناد المصنف العدول الى الفرات تجوزا عقليا (قوله فهو موات) أي في حكم الموات لانه ليس في ملك أحد عيني (قوله ولا حريم للنهر) وفي كشف الغوامض الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه

(وحريم العين خمسمائة) من كل جانب
وعند بعضهم خمسمائة من الجوانب
الاربع من كل جانب مائة وخمسة
وعشرون ذراعا والاول هو الاصح
والذراع هي المكسرة وهي ست
قبضات وكان ذراع الملك سبع
قبضات فكسر منه قبضة وقيل ان
التقدير في البئر والعين بما ذكر في
اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا يزاد
لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية
(فمن حفر في حريمها منع منه) فلو
حفر آخر بئرا في حريم الاول فللاول
ان يسد ما احتفره الثاني ولا يضمنه
النقصان وللاول ان يؤاخذه بكبس
ما احتفره وقيل يضمنه النقصان
ثم يكبسه بنفسه وهذا هو الصحيح وان
حفر الثاني بئرا بامر الامام في غير حريم
الاول وهي قريبة منه وذهب ماء البئر
الاول وغرق الثاني فلا شئ عليه
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاث
دون الجانب الاول (وللقناة حريم
بقدر ما يصلحه) مطلقا وعن محمد انه
بمنزلة البئر في استحقاق الحريم قيل
هذا عندهما واما عنده فلا حريم له
مالم يظهر الماء على وجه الارض قالوا
وعند ظهور الماء على الارض هو
بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة
ذراع وحريم شجر يغرس في أرض
موات خمسة أذرع ولا يحفر
الآخر في حريمه (وما عدل عنه
الفرات) أي ماؤه (ولم يحتمل عوده
اليه فهو موات) اذا لم يكن حريما
للعامر (وان احتمل) عوده (لا)
يكون مواتا (ولا حريم للنهر)

فى نهر كبير لايحتاج فيه الى كرى فى كل حين اما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق عينى لكن فى الدرر بالعزو الى اليتيمة الصحيح ان له أى للنهر الكبير حريما بالاتفاق بقدر مايحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه قال وممن نقل الاتفاق أيضا الشرنبلالى عن الاختيار وشرح المجمع انتهى ومن هنا تعلم ماوقع لبعضهم فى هذا المقام من الخلل فى العزو لانه على ماذكره فى شرح المجمع والاختيار ينتفى للاختلاف أصلا فكيف يعزى اليهما ان الخلاف مقيد بالنهر الكبير نعم لواقتصر فى العزو على شرح المجمع لكان له وجه صحة بالنظر الى ماذكره أولا شارح المجمع عن الكفاية مع انه ذكر آخرا عن المحيط مايخالفه (قوله أى من كان له نهر فى ارض غيره الخ) ثم ان كان الحريم لاحدهما أيهما كان لايمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لايبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه زيلعى قال شيخنا ومنه يعلم جواب حادثة السادات فى الوحسات الكائنة على شط النيل فلا يكون لهم منع غير معاديهم من الانتفاع بالوحسات بالنزول منها الى المعادى أو الخروج منها وان كان الحريم لهم انتهى وماسبق من قوله ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه اى لان غرس غير المالك يبطل حق المالك (قوله الا ان يقيم البينة على ذلك) ولو تنازع رب الارض ورب النهر فى الحريم فالقول لرب الارض عند الامام ولرب النهر عندهما عينى (قوله وقالا له مسناة الخ) وكذا الخلاف لو حفر النهر فى الارض الموات ابن فرشته قال أبو جعفر أخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين زيلعى فلو غرس صاحب النهر غرسا بحريم النهر يمنع أخذا بقول الامام ولو القى طينه عليه لايمنع أخذا بقول الصاحبين ثم اعلم ان الصاحبين وان اتفقا على ان للنهر حريما لكن اختلفا فى قدره فابو يوسف قدره بنصف عرض النهر من الجانبين لان طينه يلقى فى جانبيه فيقسم عرضه عليهما وقدره محمد بكل عرضه من كل جانب لانه قد لايمكنه القاء الطين من جانبيه جميعا فيقدر بعرضه من كل جانب ابن فرشته وكلام الزيلعى يشير الى انهما قولان مرجحان لانه نقل عن الطحاوى انه اختار مذهب أبى يوسف وعن الكرخى انه اختار مذهب محمد وكلام القهستانى يشير الى أن قول أبى يوسف ارجح لانه وان نقل عن الهداية والزاهدى ان قول محمد اوفق لكن نقل عن الكرمانى ان الفتوى على قول أبى يوسف والمسناة ما يبنى للسيل ليرد الماء عن الارض شيخنا عن المغرب

(مسائل الشرب) ذكره عقب احياء الموات لان الاحياء به وقدم الاول لاصالته وكثرة فروعه حموى واعلم ان الشرب فى اللغة النصيب من الماء كما فى المغرب فاذكره المصنف تعريف الشرب لغة وفى الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للمزارع او الدواب قال الوانى فيكون الشرب أعم من الشفة لانها مخصوصة بالحيوان (قوله بالكسر) قيد به لئلا يقرأ بالفتح فانه الجماعة الذين يجتمعون للشرب وهو ليس مرادا هنا حموى وقال القهستانى الشرب بالضم والفتح مصدر من حد علم (قوله كدجلة بكسر الدال) قال شيخنا كذا وجدته فى نسخة معتمدة من الصحاح مضبوطة بالقلم (قوله غير مملوكة لاحد) لان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز وان لم يكن مملوكا فلكل واحد ان ينتفع لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى الكلاء والماء والنار والمراد بالماء ماليس بمحرز لانه بالاحراز يخرج من ان يكون مباحا كالصيد اذا أحرز فلا يجوز لاحد ان ينتفع به الا باذنه وشرط لجواز الانتفاع به ان لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لايجوز الا اذا كان لا يضر باحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء زيلعى وعينى وأنث ثلاث فى قوله عليه السلام الناس شركاء فى ثلاث لان الفصيح فى الكلام اذا لم يذكر المعدود ان يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه السلام من صام رمضان واتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق فى الايام لا فى الليالى ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام انثه عناية (قوله ولو قال فلكل لكان أحسن) لانه مفرع على ماقبله حموى (قوله وينصب الرحى عليه) اذا

أى من كان له نهر فى أرض غيره فليس
له حريم عند أبى حنيفة الا ان يقيم البينة
على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشى
عليها ويلقى عليها طينه (هو
(مسائل الشرب) بالكسر
النصيب من الماء) لسقى المزارع
والدواب (الانهار العظام كدجلة)
وهى نهر بغداد (والفرات) نهر الكوفة
وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر
الترك (غير مملوكة) لاحد (و) يجوز
(لكل أحد ان يسقى أرضه) ودوابه
ولو قال فلكل لكان أحسن
بمائه (و) ان (يتوضأ به و) يشربه وينصب
الرحى عليه (و) ان (يكرى) أى يشق (منها
نهرا الى أرضه) ليسقيها (ان لم يضر
بالعامة) وان أضر بهم بان يميل النهر
العظيم الى هذا الجانب اذا انكسر

كان فى أرضه ولو فى أرض غيره لم يجز كما سيأتى (قوله ضفته) بكسر الضاد وفتحها أى حافته معرب وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس شلبى عن الغاية (قوله والاراضى) عطف على القرى من عطف العام على الخاص حموى (قوله ونحوه) بالجر عطف على المصدر المنسبك من قوله ان يميل أى نحو الضرر الذى هو غرق القرى والاراضى وأراد به ما يضر بمجرى السفن والماء حموى (قوله وكذلك الاحكام الخ) فى هذه العبارة ركاكة لان قوله والاحكام مبتدأ وقوله فى البحار ليس صلة لقوله المذكورة بل هو خبر عن قوله الاحكام وصلة قوله المذكورة محذوفة والتقدير الاحكام المذكورة فى الانهار ثابتة فى البحار وأيضا مصدر آض اذا رجع وانتصابه على انه مفعول مطلق او حال ولفظة كذلك زائدة ومقتضى كلامه انه ليس له ان يشق من البحر نهرا ان أضر وفى الهداية والبناية خلافه كذا ذكره الحموى وتبعه بعضهم وأقول مبنى المخالفة التى ادعاها ما فهمه من قوله فى الهداية وغاية البيان لكل واحد من الناس فى ماء البحار حق الشفة وسقى الارض حتى من أراد ان يكرى منه نهرا الى أرضه لم يمنع والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء انتهى بناء على ان المراد من قوله فى الهداية وغاية البيان على أى وجه شاء أى وان أضر بغيره وليس كذلك بدليل التنظير بالشمس والقمر والهواء فى الانتفاع لانه يشترط لاباحة الانتفاع بهذه الاشياء عدم الضرر كما سبق عن الزيلعى والعينى فما ادّعاه من المخالفة غير مسلم ومعنى قوله على أى وجه شاء أى سواء كان انتفاعه بالشفة او بغيرها ولو بشق نهر بشرط عدم الضرر ثم رأيت فى القهستانى ما نصه وفى تخصيص ماء الانهار رمز الى ان له الانتفاع بماء البحار وان أضر انتهى فالظاهر ان فى اشتراط عدم الضرر اختلافا بالنسبة للانتفاع بماء البحار (قوله لكل شربه وسقى دابته الخ) وانما ثبت له حق الشرب وسقى الدابة لما روينا ولان الآبار والانهار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس فى أرض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة والمسافر لا يمكنه استصحاب ما يكفيه الى ان يرجع فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مرفوع شرعا بخلاف سقى الاراضى لان فى اباحته ابطال حق المالك زيلعى (قوله يمنع مطلقا) يعنى لا فرق بين ان يكون ما ذكر من الانهار والآبار والحياض احتفر فى أرض مملوكة او موات حموى فهو فى مقابلة التفصيل الآتى الذى سيذكره الشارح محكيا بقيل (فرع) ملأ عبدا وصبى الكوز من ماء الحوض وأراق بعضه فى الحوض لا يحل لاحد ان يشرب من ذلك الحوض لانه خلط ملكه بالماء المباح ولا يمكن تمييزه وكذا لو جاء صبى بالكوز من ماء مباح لا يحل لابويه الشرب منه اذا كانا غنيين لان الماء صار مملوكا له ولا يحل لهما الاكل من ماله بغير حاجة ابن فرشته عن الذخيرة وفى شرح الحموى بالعزو الى الدراية قال وعن محمد يحل لهما ولو غنيين للعرف والعادة انتهى (قوله من الشفة) أصلها شفهة ولهذا تقول فى تصغيرها شفيهة وحذفت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أى لهم حق الشرب بشفاههم شلبى (قوله بقرب هذا الماء) لم أر تقدير القرب وينبغى تقديره بالميل كما فى التيمم حموى عن المقدسى (قوله بشرط ان لا يكسر ضفته) أى يتركه مشترطا عليه عدم كسر ضفته حموى (قوله وقيل هذا اذا احتفر فى أرض مملوكة له الخ) بهذا القيل جزم فى الدرر ولم يحك غيره (قوله فليس له منعه) لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة درر والمراد باحياء الحق المشترك العشر او الخراج كما فى الزيلعى (قوله ان يقاتله بالسلاح) لانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهى حقه لان الماء فى البئر ونحوه مباح ولو كانت الشفة تستأصل الماء لكثرة المواشى وصغر الجدول فالاكثر على منعه دفعا للضرر كسقى الارض ولهم أخذ الماء لوضوء وغسل ثياب فى الاصح ولو رام سقى شجر فى داره فحمل الماء بجرة جاز فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون منعه دناءة وفى الحديث ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها والسفساف الامر الحقير والردىء من كل شئ وهو ضدّ المعالى والمكارم وأصله ما يطير من غبار الدقيق اذا

ضفته فتغرق القرى والاراضى
ونحوه لا يجوز قوله ان لم يضر بالعامة
متعلق بالرحى والكرى وكذلك
الاحكام المذكورة فى البحار أيضا
(وفى الانهار المملوكة والآبار)
المملوكة (والحياض) المملوكة
(لكل شربه وسقى دابته)
يجوز تخريب النهر
لأرضه (وان خيف) مطلقا وله ان
لكثرة الدور (ويمنع) من الدخول فى ملكه
يمنع من الشفة بقرب هذا الماء
اذا كان يجد ماء آخر بقرب ذلك
فى غير ملك أحد وان كان لا يجد ذلك
يقال لصاحب النهر اما ان تخرج
الماء اليه او تتركه ليأخذ بنفسه
بشرط ان لا يكسر ضفته وقيل هذا اذا
احتفر فى أرض مملوكة له واما اذا
احتفرها فى أرض موات فليس له
منعه ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على
نفسه ودابته العطش له ان يقاتله
بالسلاح وان كان محرزا فى الاوانى
ويخاف الهلاك من العطش

نخل والتراب اذا أثير شلبى عن ابن الاثير وليس له سقى أرضه وشجره من نهر غيره اوقناته الا باذنه نصا ولمه منعه حموى أخذا من الزيلعى ونقل عن المبسوط مانصه اختلفوا فى التوضئ بماء السقاية قيل يجوز وقيل ان كان كثيرا والا فلا وكذا كل ما أعد للشرب انتهى واقول نقل شيخنا عن النهاية بالعزو الى المبسوط وفتاوى قاضيخان انه يمنع من التوضئ بماء أعد للشرب كالحياض هو الصحيح (قوله يقاتله بغير السلاح) اذا كان فيه فضل عن صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار كالطعام عند المخمصة تنوير وشرحه (قوله بضم الحاء المهملة) ليس هذا من كلام الشارح على ماذكره شيخنا وان كان ثابتا فى بعض النسخ كالنسخة التى كتب عليها السيد الحموى فلهذا عارضه بما فى شرح السمرقندى من انه بضم الجيم وتشديد الباء الصهريج وأما بالحاء المهملة فهو الدن (قوله ونحوهما) أى نحو الكوز والحب من الجرار والاباريق والجرار بكسر الجيم جمع جرة بفتحها كماذكره الوانى وهل الماء يكون محرزا بقواديس الساقية أم لا بحر وحموى قال شيخنا الذى يظهر نعم كالدلو والصطل انتهى قلت قال القهستانى وانما أثر الاحراز اشارة الى انه لو ملأ الدلو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملك ذلك الماء عند الشيخين اذ الاحراز جعل الشئ فى موضع حصين والى انه لو اغترف الماء من حوض الحمام باناء الحمامى فانه يبقى على ملك الحمامى لكنه احق به من غيره الخ (قوله لا ينتفع به) ولو قليلا الا باذن صاحبه لانه ملكه بالاحراز فكان أخص به عينى (قوله ولكن بقيت فيه شبهة الشركة) الظاهر ماروينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه فى موضع يعز فيه الماء وهو يساوى نصابا لم يقطع ولا كذلك قوله تعالى هو الذى خلق لكم مافى الارض جميعا حيث لم يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض ولانه لو أورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود زيلعى (قوله يكون من بيت المال) لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لذلك فكان مؤنة الكرى منه عينى وكذا اصلاح مسناته من بيت المال أيضا كما فى البزازية ويصرف اليه من الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب هداية (قوله يجبر الناس على كريه) لان فى تركه ضررا عظيما على الناس وقلما تتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم الامام عليه عينى (قوله الا انه يخرج له من كان يطيقه) أى يخرج للكرى وفى بعض النسخ الا انه يخرج من كان يطيقه بحذف الصلة والصواب كما فى البناية والزيلعى هو الاول حموى وفيه نظر (قوله من كان يطيقه) أى من له قدرة على العمل ويجعل مؤنتهم على الاغنياء المياسير الذين لا يطيقون الكرى بأنفسهم حموى (قوله على أهله) لان المنفعة لهم على الخصوص فتكون المؤنة عليهم لان الغرم بالغنم عينى (قوله ان ما يستحق به صاحبه الشفعة الخ) بان كان لشركاء فى النهر دون المائة وان كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل وانما تكون للجار قال الاتقانى وهذا احسن ما قيل فيه لكن قدم الزيلعى ان الاشبه تفويض القلة والكثرة الى رأى المجتهدين فى كل عصر (قوله وقيل لا يجبر ان كان خاصا) لان فى العام دفع الضرر وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص ويمكن دفع ضرر الشركاء بدون الزامه بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بامر القاضى زيلعى وماذكره بعضهم معزيا للهداية من انه لا جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا لا حاجة اليه للاستغناء عنه بما سيأتى فى المتن من قوله ولا كرى على أهل الشفة (قوله فان جاوز أرض رجل برئ) وله ان يفتح فوهة أرضه ليسقيها لانتهاء الكرى فى حقه وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه (هو عند ابى حنيفة) وفى الخانية الفتوى على قوله وفى الحقائق الاختلاف فى النهر الخاص واما النهر العام الذى عليه قرى يشربون منه اذا اتفقوا الى كريه فبلغوا فوهة نهر قرية يرفع عنهم مؤنة الكرى اتفاقا وعلى هذا الخلاف اذا احتاجوا الى اصلاح حافتى النهر ابن فرشته (قوله وعندهما الكرى عليهم جميعا الخ) فلو كانوا عشرة فعلى كل واحد منهم عشره من الاول الى الآخر وعنده

يقاتله بغير السلاح (و) الماء (المحرز
فى الكوز والحب) بضم الحاء المهملة
وتشديد الباء الموحدة وهى الخابية
ونحوهما (لا ينتفع به) ولو قليلا
(الا باذن صاحبه) كالصيد المأخوذ
ولكن بقيت فيه شبهة الشركة حتى لو
سرقه انسان فى موضع يعز وجوده فيه
وهو يساوى نصابا لم تقطع يده (وكرى
نهر غير مملوك) يكون (من بيت المال) (فان لم
يكن فيه شئ) يجب على السلطان ان احتاج اليه (كريه)
(يجبر الناس على كريه) ويجعل
الا انه يخرج له من كان يطيقه
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه
بأنفسهم كما تجهز الجيوش (وكرى
ماهو مملوك) يكون (على أهله)
والنهر المملوك يكون خاصا وعاما
والفاصل بينهما ان ما يستحق به صاحبه
الشفعة فهو خاص وما لا يستحق به الشفعة
فهو عام فكريهما على أهلهما لا على
بيت المال (ويجبر الآبى) منهم (على
كريه) مطلقا سواء كان المملوك خاصا
أو عاما وقيل لا يجبر ان كان خاصا
(ومؤنة كرى النهر المشترك) يكون
(عليهم من أعلاه) أى مؤنته من
أعلاه (فان جاوز) الكرى
(أرض رجل) من الشركاء (برئ)
ذلك الرجل عند أبى حنيفة وعندهما
الكرى عليهم جميعا من أوله الى آخره
بحصص الشرب والاراضى وزعم بعض
المشايخ ان الكرى اذا انتهى

على كل واحد عشره الى ان يجاوز أرض احدهم فيكون على الباقين اتساعا الى ان يجاوز أرض آخر فيكون على الباقين اثمانا وعلى هذا الخ لهما ان لصاحب الاعلى حقا في اسفله لحاجته الى تسييل مافضل عنه فلو سد ذلك فاض على زرعه فأفسده فتبين ان الكل ينتفعون بالكل ولهذا استووا في استحقاق الشفعة به وله ان مؤنة الكرى على من ينتفع بالنهر بسقى الارض منه فاذا جاوز أرضه لم يبق له منفعة السقى فلا مؤنة عليه ومنفعته بأسفله باجراء مافضل من الماء فيه لا يلزمه به عمارة ألا ترى ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولتمكنه من دفع الضرر بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكرى من اسفل كما في الزيلعي وغيره لكن نقل الحموى عن المقدسي انه قال قد يمتنع عليه ذلك لحاجة غيره الى فتحها (قوله الى فوهة أرضه) وافواه الازقة والانهار واحدتها فوهة بتشديد الواو ويقال اقعدهم على فوهة الطريق كذا بخط شيخنا عن المختار ونقل عن المصباح ان الفوهة بضم الفاء وتشديد الواو مفتوحة فم وهو اعلاه انتهى (قوله والاصح ان عليه المؤنة) الى ان يجاوز حد أرضه لان له ان يتخذ الفوهة في أي موضع شاء زيلعي (قوله ولا كرى على أهل الشفة) لانهم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار نحوها سقى الاراضي وأهل الشفة اتباع زيلعي والمراد بالشفة الشرب بالشفاه أي شرب بنى آدم والبهائم درر مع عناية وقال بعض مشايخنا يجبر الامام على الكرى اصحاب الشفة ابن فرشته (تتمة) قال في الصحاح كريت النهر كريا من باب رمى حفرته وأكريت الدار كراء أجرتها انتهى بتصرف (قوله والقياس ان لا يصح) لجهالة المدعى ولتعذر الحكم به لانه لا يملك وجه الاستحسان انه مرغوب فيه وقد يملك بدون الارض ارثا ووصية وقد تباع الارض ويبقى الشرب له فلو ادعاه مع الارض صح بالطريق الاولى قهستاني واذا كان نهر رجل يجرى في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجرى النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول له انه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيه فعليه البينة ان هذا النهر له ان كان يدعى رقبة النهر أو انه كان له مجراة في هذا النهر يسوقه الى ارضه ان كان يدعى الاجراء في هذا النهر فيقضى له لاثباته بالحجة ملكه أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره هداية زيلعي (قوله اختصموا في الشرب) ولم يعلم كيف كان الشرب بينهم فان علم قسم على ما كان شلبي عن الاتقاني (قوله على قدر اراضيهم في الصحيح) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيقدر بقدرها بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد وليس للاعلى سكر النهر الا برضاهم وان لم تشرب ارضه بدونه لان فيه ابطال حق الباقين وان تراضوا على ان يسكر الاعلى حتى تشرب ارضه بحصته أو اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم ولو لم يصل الماء الى اراضيهم الا بالسكر يبدى بالاسفل كما في الزيلعي ثم بمن يليه كما في شرح الحموى ولا يعكس لقول ابن مسعود أهل اسفل النهر امراء على الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداءة اهل الاسفل فكان لهم ان يمنعوا أهل الاعلى من السكر ويلزمهم الطاعة ومن يلزمك طاعته فهو أميرك بيانه في قوله عليه الصلاة والسلام صاحب الدابة القطوف امير على الركب لانه يأمرهم بانتظاره وعليهم طاعته لحق الصحبة في السير قال في الصحاح سكرت النهر اسكره سكرا اذا سددته نقلا عن السغناقي من حد نصر كذا بخط شيخنا وقال العيني سكر النهر حبسه من حد دخل والسكر بالكسر اسم ما يسكر به الماء حكى عن أبي يوسف انه ركب يوما مع الخليفة فتقدم الخليفة لجودة دابته فناداه أيها القاضي الحق بي فقال يا أمير المؤمنين ان دابتك اذا حركت طارت واذا تركت سارت ودابتي اذا حركت قطعت واذا تركت وقفت فانتظرني فان النبي عليه الصلاة والسلام قال صاحب الدابة القطوف امير على الركب فأمر ان تحمل أبو يوسف على جنيب له وقال له حمل ابائك على هذا أهون من تأمرك علينا تأمل عليه اى تسلط كذا بخط شيخنا عن نهاية السغناقي (قوله وقال أبو على الدقاق الخ) ثمرة هذا تظهر في أرض الرجلين على السواء لكن

الى فوهة أرضه من النهر وليس عليه شئ من المؤنة والاصح ان عليه المؤنة ولا احتراز عن هذا الخلاف جرى الرسم ان يؤخذ في الكرى من أسفل النهر ويترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله (ولا كرى على أهل الشفة) وهم الذين في الارض المملوكة ودوابهم يشربون ويسقون (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا والقياس ان لا يصح (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو) أى الشرب (بينهم على قدر أراضيهم) في الصحيح وقيل على قدر الخراج وقال الامام أبو على الدقاق يقسم بقدر الحاجة

زرع أحدهما حصته مالا يحتاج الى كثرة السقى بخلاف الآخر فعلى ماذكره المصنف يقسم الشرب بينهما نصفين على حسب الاشتراك فى الارض وعلى ماذكره أبو على الدقاق تراعى الحاجة الى السقى (قوله وليس لاحدهم ان يشق منه نهرا او ينصب عليه رحى) وهذا بالنسبة للنهر المملوك ولهذا قال الشارح الابرضاهم بخلاف ماسبق من قوله ولكل نصب الرحى عليه وكرى نهر الى أرضه ان لم يضر بالعامة فانه بالنسبة للانهار العظام الغير المملوكة كماذكره عزمى ولو حذف الشارح اداة الاستثناء من قوله والا ان يكون الرحى الخ لكان اولى اكتفاء بها فى قوله الابرضاهم (قوله الابرضاهم) لان فى ذلك كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء عينى (قوله لايضر بالنهر ولا بالماء) معنى الضرر بالنهر كسر ضفته و بالماء ان يتغير عن سننه زيلعى بان يبطئ جريانه او ينتقص قهستانى (قوله فانه يجوز) لانه تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره درر (قوله هى جذع الخ) ذكره الشيخ العينى بقيل بعد ان صدر بالناعورة (قوله مغرفة بكسر الميم) ما يغرف به كذا بخط شيخنا (قوله او جسرا) بفتح الجيم وكسرها كذا بخط الحموى عن المصباح ولو جعله على نهر خاص به يأخذ من نهر خاص بين قوم وسد جانبيه جاز لتصرفه فى ملكه ولو كان مقنطرا مسدودا فرام نقضه فان كان لا يزيد فى أخذ الماء جاز وان كان يزيد منع لحق الشركاء كذا لخصه الحموى من كلام الزيلعى (قوله الجسر اسم لما يوضع ويرفع الخ) كذا فى الزيلعى وتعقبه العينى بان الجسر أعم من القنطرة لانه يكون من الخشب ومن التراب أيضا والقنطرة تكون من الحجر ونحوه ولا يلزم الرفع فى الجسر خصوصا اذا عمل من التراب انتهى (قوله او يوسع فم النهر) لانه يكسر طرف النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء (قوله وكذا اذا أراد ان يؤخرها عن فم النهر الخ) قال فى الاصل قلت فان أراد ان يزيد فى عرضه و يؤخر الكوة عن فم النهر فيجعلها اربعة اذرع من فم النهر الى أسفل قال ليس له ذلك وان تصرف فى خالص ملكه لانه يضر باصحابه لانه يأخذ الماء أكثر من حظه حموى (قوله او واحد منه) أى يجعل الكوة فى ذراع واحد من فم النهر قال شيخنا ومافى الهداية والزيلعى من الاقتصار على أربعة اذرع فاتفاقى كما نبه عليه فى العناية (قوله حيث يكون له ذلك فى الاصح) لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار تسفل وترفع فيه فلا يؤدى الى تغيير موقع القسمة زيلعى (قوله او يقسم بالايام الخ) لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة فى نهر خاص لم يكن لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كان الكوى فى النهر الاعظم لان لكل واحد منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى عينى ولو أراد الاعلى من الشريكين فى نهر خاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه ليس له ذلك للاضرار بالآخر حموى (قوله الكوة) بالفتح عينى (قوله وقد تضم الكاف فى المفرد) والجمع من هنا تعلم مافى عبارة الدرر من القصور حيث اقتصر على قوله وقد تضم فى المفرد (قوله او يسوق شربه الخ) لانه كما فى العينى يخشى ان يدعى حق الشرب لهما مع الاولى لتقادم العهد ويستدل بحفر ماء يجرى فيه الماء اليها كطريق مشترك أراد فتح باب فيه لدار أخرى ساكنها غير ساكن هذه التى مفتحها بهذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع كما فى التنوير لان المارة لا تزداد (قوله بلا رضاهم) متعلق بالجميع عينى ولهم نقضه بعد الاجازة ولورثتهم من بعدهم در لان هذا تبرع كما حققه الزيلعى والتبرعات غير لازمة (قوله ويورث الشرب) لانه حق مالى (قوله ويوصى بالانتفاع بعينه) لان جهالة الموصى به لا تمنع الوصية عينى بخلاف الايصاء ببيعه فانه باطل در (قوله ولا يباع ولا يوهب) ولا يؤجر ولا يتصدق به اما للغرر او للجهالة الفاحشة او لعدم تصور قبضه او لعدم الملك فيه للحال اولانه ليس بمال متقوم فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وجوز بعض مشايخ بلخ بيعه لتعامل أهل بلخ والقياس يترك بالتعامل قلنا انه تعامل أهل بلدة واحدة واذا حكم

(وليس لاحدهم) من الشركاء (ان يشق منه) أى من النهر المشترك (نهرا او ينصب عليه رحى) الا برضاهم والا ان يكون الرحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبه بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكا له ولا لآخر حق التسييل فانه يجوز (او) ينصب (دالية) عليه هى جذع طويل مركب تركيب مداق الارز فى رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها (او) ينصب (جسرا) او قنطرة الجسر اسم لما يوضع ويرفع والقنطرة تتخذ من الخشبة والالواح ويكون اسم لما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا لا يرفع (او) ان (يوسع فم النهر) مطلقا سواء كانت القسمة بالكوى اولا وكذا اذا أراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع او واحد منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا أراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك فى الاصح (او) ان (يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كوى وقد تضم الكاف فى المفرد والجمع ويستعار لمفاتيح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر كذا فى المغرب (او) ان (يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب) أى ليس للارض فى النهر شرب (بلا رضاهم ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب)//

بصحة بيعه نفذ درر ونوح أفندى ولومات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له أرض قيل يجمع الماء فى نوبته فى حوض ليباع الماء ويقضى به دينه وقيل ينظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضى صاحبهما ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دينه والسبيل فى معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما ان يقوم الشرب على تقدير جواز بيعه وهو نظير ما قالوا فى العقر الواجب بشبهة ينظر الى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنى فذلك القدر هو عقرها فى لوطء بشبهة وان لم يجد اشترى على تركة هذا الميت ارضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعها فيؤدى من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء تبيين (قوله ولو تزوج امرأة على شرب الخ) فالحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشئ من العقود فاذا سماه فى النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه لبطلان المسمى اذا لم يكن عن قصاص فاذا كان فعلى القاتل الدية أو ارش الجراحة ويسقط القصاص نوح أفندى مع عناية (قوله وليس لها من الشرب شئ) لانه بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة (قوله والصلح عن دعوى الشرب باطل) بان ادعى عليه بشرب فصالح عن دعواه بشئ يكون الصلح باطلا هكذا يفهم من هذه العبارة فليراجع حموى (قوله ولو ملأ أرضه الى قوله لم يضمن) وكذا لا يضمن لو سقى ارضه أو زرعه من شرب غيره بغير اذنه لكن لو تكرر ذلك منه دبه الامام بالضرب والحبس والتعزير تنوير وهذا هو احدى الروايتين وعليها الفتوى درر عن الوهبانية وفى رواية أخرى يضمن قال فى الدرر وهو مختار فخر الاسلام ذكره فى الكافى انتهى واعلم ان فى كون الماء مثليا أو قيميا روايتين كما فى القهستانى (قوله لم يضمن) لانه مسبب غير متعد (قوله اذا سقى ارضه سقيا معتادا) قال فى الدرر وعليه الفتوى وفى الذخيرة وهذا اذا سقى فى نوبته مقدار حقه وأما اذا سقى فى غير نوبته أو زاد على حقه يضمن على ما قال اسماعيل الزاهد (قوله واما اذا سقى الخ) وجه الضمان انه أجرى الماء الى أرض جاره تقديرا كما فى الدرر عن الكافى فكان مباشرا

(كتاب الاشربة)

من محاسنه بيان حرمتها اذ لا شبهة فى حسن تحريم ما يزيل العقل الذى هو مناط معرفة الله تعالى وشكر نعمائه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام فى جميع الاديان وحرم شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحذور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعى المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما لتدريج النصارى لئلا تنفر من الاسلام عناية (قوله كل ما شرب من المائعات) مسكرا كان أولا هذا فى اللغة بدليل ما سيجئ من قوله وفى الشرع الخ ومن هنا يعلم ما فى كلام بعضهم من ايهام ان ذلك غير مستفاد من كلام الشارح (قوله ظاهرة) لمناسبة بينهما فى الاشتقاق وهو اشتراك المفسر فى المعنى الاصلى والحروف الاصول شلبى وقدم الشرب لمناسبة احياء الموات (قوله وفى الشرع الخ) كان المناسب ان يقول وفى استعمال أهل الشرع كما قال صاحب النهاية كيلا يرد المحذور بقوله تعالى وسقاهم ربهم شرابا طهورا ذكره العلامة الوانى والمحذور لزوم كون المراد بالشراب فى الآية الشريفة هو المسكر (قوله الشراب ما يسكر) اعلم ان جميع ما يستخرج منه الاشربة أربعة العنب والتمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ثم الماء المستخرج منها حالتان نئ ومطبوخ والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه والحرام من الاشربة أيضا أربعة والحلال أيضا أربعة

كذا

ولو تزوج امرأة على شرب بغير أرض أو خالعها أو صالح عليه فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شئ ويجب مهر المثل والصلح عن دعوى الشرب باطل (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أى خربت (أرض جاره أو غرقت لم يضمن) قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا تتحمله ارضه عادة وأما اذا سقى سقيا لا تتحمله ارضه فيضمن

(كتاب الاشربة) وهى جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات وسمى هذا الكتاب بها لان فيه بيان احكامها ثم المناسبة بين الشرب والاشربة ظاهرة الا ان الشرب فى بيان شرب الحلال وهذا فى بيان الحرام ولذلك فصله وأخره عنه وفى الشرع (الشراب ما يسكر والمحرم منها اربعة)

كذا فى الدرر لكن تعقبه فى الشرنبلالية بان الحصر غير مسلم فان الفواكه كالاجاص والشهد والالبان يتخذ منها الاشربة كما ذكره قاضيخان (قوله الخمر وهى) تذكر وتؤنث فيقال هو الخمر وهى الخمر وأنكر الاصمعى التذكير وقال ابن الاعرابى سميت خمرا لانها تركت فاختمرت واختمارها تغير ريحها حموى (قوله وهى النىء من ماء العنب) النىء بكسر النون وتشديد الياء قاله العينى وتبعه فى الشرنبلالية قال شيخنا وهذا على غير المشهور كما فى المصباح ثم نقل عن عزمى زاده معزيا للمصباح ان النىء مهموز وزان حمل كل شىء يعالج بطبخ أو شىء ولم ينضج ويقال لحم نىء والابدال والادغام غير مشهور وناء اللحم وغيره نيئا من باب باع اذا كان غير نضيج انتهى وينضج بوزن يسمع فانه من بابه كما فى القاموس ورأيت بخط الحموى أنه يعدى بالهمزة فيقال أناءه صاحبه اذا لم ينضجه (قوله وقذف بالزبد) بفتحتين من البحر وغيره كالرغوة مصباح (قوله وعندهما اذا اشتد الخ) اذ بالاشتداد يحصل الفساد وعلى قولهما الاعتماد وقيل يؤخذ فى الحرمة بمجرد الشدة وفى الحد بقذف الزبد احتياطا حموى (قوله صار خمرا) ومافى الدرر من قوله صار مسكرا خلاف الصواب كما فى الشرنبلالية (قوله وقال بعض الناس) المراد به مالك والشافعى عناية (قوله كل مسكر خمر) لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام ولانها انما سميت خمرا لمخامرتها العقل أى سترها وسائر المسكرات كذلك ولنا ماروى الطحاوى باسناده الى ابن عباس قال حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فأخبر ابن عباس ان الحرمة وقعت على الخمر لعينها حتى حرم قليلها وكثيرها وعلى كل السكر من سائر الاشربة فدل على التفرقة بين الخمر وسائر الاشربة ولان الخمر حقيقة اسم للنىء من ماء العنب باجماع أهل اللغة وتسمية غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث او على بيان الحكم ان ثبت لانه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق ولا نسلم انها سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها أى تغير ريحها ولئن سلمنا انها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه ان يسمى غيرها بالخمر قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدى الحكم الشرعى الاترى ان البرج سمى برجا لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمى نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ولا نجما وكما يقال للفرس أبلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان ذلك اللون فيه زيلعى وحموى (قوله وانما سمى الخمر به) أى بالخمر الظاهر ان يقال وانما سمى النىء من ماء العنب به حموى (قوله وحرم قليلها وكثيرها) لما سبق من قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها واختلفوا فى اباحة اتلافها فقيل يباح وقيل لا الا لغرض صحيح بان كانت عند شريب خيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها عناية والظاهر ان الاختلاف فى اباحة اتلافها مفرع على الاختلاف فى سقوط ماليتها فمن قال انها مال وهو الاصح كما فى الزيلعى عن الهداية معللا بان الطباع تميل اليها وتضن بها قال لا يباح اتلافها الا لغرض صحيح كما سبق والحاصل ان الكلام فى الخمر فى مواضع انهاها الزيلعى الى عشرة فليراجع وقوله وتضن من ضننت بالشىء اضن به ضنا وضنانة اذا بخلت به وهو ضنين قال الفراء وضننت بالفتح اضن لغة شيخنا عن المصباح (قوله ومن الناس من انكر حرمة عينها) يعنى قال ان حرمتها معلولة بالسكر وموقوفة عليه وهذا باطل وكفر لمخالفته الكتاب والسنة والاجماع زيلعى (قوله وكفر منه) لم يجعل فخر الاسلام هذا القائل كافرا كما تقدم عن البناية حموى وأقول فيه نظر لانه وان لم يصرح به لكنه مستلزم له لانه علل بطلان قوله بمخالفة الكتاب والسنة والاجماع وبقوله فكل مسلم يعتقد حرمتها قطعا الا من خلع ربقة الاسلام عن عنقه من الدهرية والفلاسفة انتهى (قوله وقيل لا يحد فيما لم يسكر) يتأمل فى هذا القيل فانه مشكل جدا لتصريحهم قاطبة بأن الحد يجب بشرب الخمر وان لم يسكر اللهم الا أن يحمل هذا على ما طبخ من الخمر لانه وان لم يؤثر فيها الطبخ الا انه لا يحد فيه مالم يسكر لاختصاص الحد بالنىء كما فى الزيلعى واستظهره فى المنح وضعف مافى القنية والمجتبى در (تنبيه) العرقى الذى يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر نجاسته مغلظة كأصله لكن ليس كحرمة الخمر بالنظر لعدم اكفار مستحله وعدم الحد

الاول (الخمر وهى التى من ماء العنب
اذا غلى) غليانا كاملا بان صار أسفله
اعلاه (واشتد وقذف بالزبد) اى رماه
وازاله فانكشف عنه وسكن وهذا
عند ابى حنيفة وعندهما اذا اشتد
صار خمرا ولا اشترط القذف بالزبد
وقال بعض الناس كل مسكر خمر والمراد
بالاشتداد كونه صالحا للاسكار
وانما سمى الخمر به لتخمره أى لتشدده
وقوله (وحرم قليلها وكثيرها) ومن
الناس من انكر حرمة عينها وزعم
ان السكر حرام وهذا باطل وكفر منه
وقيل لا يحد فيما لم يسكر منه

بدون سكر لانه ليس خمرا فلا يلحق بها من كل وجه كذا ذكره فى الشرنبلالية تفقها وسبقه القهستانى (قوله وقال شمس الائمة السرخسى يحد من شرب منه الخ) أى مما طبخ من الخمر بدليل ذكره على وجه المقابلة لما قبله من القيل فعلى ماذكره شمس الائمة لافرق فى وجوب الحد بشرب الخمر سكر ام لا بين النىء والمطبوخ فيكون هذا موافقا لما سبق عن القنية والمجتبى وان كان الراجح ما جرى عليه الزيلعى (قوله ويجوز تخليلها بتخليلها) فى العبارة لطافة لاتخفى حموى وقد يقال ان تخليلها واجب لحفظ المال عن الضياع مع القدرة عليه فان الخمر مال فى الجملة حتى صح توكيل مسلم ذميا ببيعها وان لم تكن مضمونة بالاتلاف شرنبلالية ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء وأما اعلاه وهو والذى انتقص عنه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر لاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال زيلعى قال شيخنا وقوله قيل يطهر تبعا هو المفتى به قال فى الخانية وحكى عن الفقيه ابى جعفر قال اذا صار ما فيه من الخمر خلا يطهر الظرف كله فلا يحتاج الى هذا التكلف وبه أخذ الفقيه ابو الليث واختاره الحاكم الشهيد وعليه الفتوى لان بخار الخل يرتفع الى أعلى الظرف فيطهر كله انتهى قال وأراد بالتكلف ماذكره الزيلعى من غسل أعلاه بالخل الخ (تتمة) خلط الخل بالخمر وصار حامضا يحل وان غلب الخمر كما فى المضمرات ولو وقعت فى العصير فأرة وأخرجت قبل التفسخ وترك حتى صار خمرا ثم تخللت او خللها يحل وبه افتى بعضهم كما فى السراجية قهستانى (قوله خلافا للشافعى) له ان فى التخليل اقترابا من الخمر والامر بالاجتناب ينافيه ولنا ان التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح والاقتراب لاعدام الفساد فأشبه الاراقة بل اولى والحاصل انا لانسلم ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول اذ المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى المآل زيلعى مع عناية (قوله فلو ان المضطر الخ) لا وجه للتفريع اذ لم يتقدم ما يتفرع عليه واعلم انه لو أكره على شرب المسكر لم يحد وأما اذا خلط الخمر بالماء فان كان الماء أقل او استويا يحد اذا وصل الى جوفه وان غلب الماء فلا يحد الا اذا سكر حموى عن البناية وفى قوله لا وجه للتفريع الخ نظر لان المفرع عليه هو المستفيد من قول المصنف وحرم قليلها الخ لانه مع الاضطرار تنتفى الحرمة فالمفرع عليه هى حالة الاختيار فهى وان لم تذكر صريحا فى قوة المذكور (قوله والطلاء) بكسر الطاء والمد كما ذكره الحموى عن البناية سمى به لقول عمر ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير الجرب ابن در (قوله حتى ذهب أقل من ثلثيه) مخالف لما فى المحيط حيث قال الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا قال الزيلعى وهو الصواب لان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلاء ماذهب ثلثاه وبقى ثلثه على ما يجىء من قريب وتبعه فى التصويب المذكور فى شرح العينى والدرر والتنوير وشرح الحموى لكن تعقبه فى الشرنبلالية بقوله لا وجه للتصويب لا حكما ولا تسمية اما حكما فلان المحكوم بحرمته فى الهداية والكافى والكنز هو العصير الذى ذهب أقل من ثلثيه وهو غير ما فى المحيط فانه الذى ذهب ثلثاه ولا خلاف فى الطرفين واما تسمية فلان الطلاء يطلق بالاشتراك على اشياء كثيرة منها العصير الذى ذهب اقل من ثلثيه والذى ذهب نصفه والذى ذهب ثلثاه والذى ذهب ثلثه ويسمى بالطلاء كل ما طبخ من عصير العنب مطلقا فلا اعتراض الخ وأقول ماذكره من انه لا وجه للتصويب لا حكما ولا تسمية الخ فيه نظر لانه يقتضى ان التصويب الذى ذكره الزيلعى بالنسبة للحكم أيضا أى انه فى المحيط محكوم عليه بالحل دل على ذلك ماذكره من التعليل حيث قال اما حكما فلان المحكوم بحرمته الخ وليس كذلك لان ذلك يأباه ما صرح به فى المحيط من قوله وصار مسكرا ولهذا ذكر شيخنا ان ما فى الزيلعى من التصويب بالنسبة للتسمية فقط لكن ذكر شيخنا بهامش الدرر ما يقتضى كون الطلاء بالمعنى الذى ذكره فى المحيط محكوما عليه بالحل واشار الى الجواب عما عساه يقال كيف الحكم بحله مع التصريح بكونه مسكرا حيث قال

وقال شمس الائمة السرخسى يحد من
شرب منه قليلا كان او كثيرا (و) يجوز
تخليلها بتخليلها عندنا خلافا للشافعى
فلو ان المضطر من العطش شرب من
الخمر مقدار ما يرويه فسكر لا حد عليه
ولو شرب زيادة على المقدار ولم يسكر
قالوا ينبغى ان يلزمه الحد (و) الثانى
(الطلاء وهو العصير) يراد به الى
من ماء العنب فقد ذكر فى المبسوط
ان الذى من ماء العنب يسمى عصيرا
(ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه)

فلا

فلا يحرم منه الا القدح الاخير وهو ما به يحصل السكر انتهى وهذا هو الملائم لما ذكره الزيلعى من التعليل (قوله ويسمى الباذق) سواء كان الذاهب كثيرا أو قليلا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثين والمنصف منه وهو ماذهب نصفه وبقى النصف وكل ذلك حرام زيلعى قال شيخنا فيستفاد من كلامه ان المنصف داخل تحت الطلاء والا كانت الاشربة المحرمة خمسة والباذق كما فى حاشية الحموى عن القاموس بكسر الذال وفتحها (قوله ومنها المنصف) عبارة الزيلعى والمنصف منه أى من الطلاء وتأنيث الضمير هنا لعوده على الاشربة كذا بخط شيخنا وذكر الحموى ان الضمير فى قوله ومنها المنصف راجع للاشربة المحرمة قال وهو مشكل لانه على هذا تكون الاشربة المحرمة خمسة لا أربعة الا ان يجعل الباذق والمنصف قسما واحدا كما فى البناية عن خواهر زاده لان المنصف نوع من الذاهب أقل من ثلثيه وفى بعض النسخ ومنه المنصف أى المنصف نوع من الباذق انتهى (قوله وقال الاوزاعى هو مباح) لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق انتهى عينى (قوله والثالث السكر) وقيل حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين الحديث واجماع الصحابة والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة لان الآية مكية وحرمت الخمر بالمدينة وهذا على تقدير ان يكون المراد بالآية الامتنان وقيل أريد بها التوبيخ معناها والله أعلم أنتم لسفهاتكم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا (قوله اى الثلاثة الاخيرة حرام) انما فسر قوله والكل حرام بذلك ولم يجعله شاملا للخمر لئلا يكون قوله اذا غلى واشتد لغوا بالنسبة للخمر حموى (قوله اذا غلى واشتد) والا لم يحرم اتفاقا وان قذف حرم اتفاقا وظاهر كلامه كبقية المتون أنه اختار ههنا قولهما قاله البرجندى نعم قال القهستانى وترك القيد هنا لانه اعتمد على السابق در (قوله ولكن حرمتها دون حرمة الخمر) لثبوت حرمتها بدلائل قطعية لا شبهة فيها أصلا (قوله فانه يكون مستحلها كافرا) ولم يجز بيعها ولا يضمن متلفها الا ان تكون لذمى ويحد شاربها ولو قطرة در رو يستثنى من وجوب الضمان على المتلف اذا كانت لذمى ما اذا كان اماما وقصد الحسبة وكان معروفا به الخ (قوله ونجاستها خفيفة الخ) محصل ما يستفاد من الدر ان الفتوى على تغليظ نجاسة الطلاء كالخمر وأما غيره فقد اختلف الترجيح فيه (قوله وقالا لا يجوز بيعها) ولا يضمن متلفها مر انه قيل الفتوى على قولهما بعدم الضمان وعلى قوله بجواز البيع وهو اختيار صدر الاسلام وهو الصحيح انتهى (قوله دون الثلثين) لا منافاة بينه وبين ما قبله اذ لا يلزم من كون الذاهب اكثر من النصف ان يكون الثلثين خلافا لما توهمه السيد الحموى فلهذا قال يتأمل فى قوله دون الثلثين مع قوله أكثر من النصف (قوله نبيذ التمر) من أدلة حله ما قال فى الاختيار وعن ابن أبى ليلى قال أشهد على البدريين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم يشربون النبيذ فى الجرار الخضر وقد نقل ذلك عن اكثر الصحابة ومشاهيرهم قولا وفعلا حتى قال أبو حنيفة انه مما يجب اعتقاد حله لئلا يؤدى الى تفسيق الصحابة (قوله ان طبخ ادنى طبخه) قيد به لان غير المطبوخ من الانبذة حرام باجماع الصحابة اذا غلى واشتد وقذف بالزبد وقد ورد فى حرمة المتخذ من التمر أحاديث وفى حله أحاديث فاذا حمل المحرم على النىء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق واندفع التعارض عينى (قوله ولا طرب) الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور مختار وهذا القيد اعنى قوله بلا لهو ولا طرب غير مختص بالاشربة لانه اذا شرب الماء ونحوه من المائعات بلهو وطرب على هيئة الفسق حرم واعلم ان السكر حالة تعرض للانسان من امتلاء دماغه بالابخرة المتصاعدة فيتعطل معه عقله المميز بين الامور الحسنة والقبيحة وهو حرام بالاجماع لكن الطريق المفضى اليه قد يكون أيضا حراما كما فى الاربعة السابقة وقد يكون مباحا كما فى الاربعة اللاحقة فان قيل الحل والحرمة من صفات الافعال الاختيارية حتى ان الحرام يكون واجب الترك والسكر على ما ذكر من انه

ويسمى الباذق ومنها المنصف وهو الذى طبخ حتى ذهب نصفه وبقى نصفه وحكمه حكم الباذق والكل حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد واشتد على الاختلاف وقال الاوزاعى هو مباح وهو قول أصحاب الظواهر وبعض المعتزلة والتقييد بالطبخ باعتبار الغالب لانه لا فرق بين ان يذهب ما ذهب بحر الشمس او حر النار كذا فى الفتاوى الخانية وانما قيد بقوله أقل لانه ان ذهب ثلثاه فادام حلوا يحل شربه عند الكل واذا غلى واشتد يحل شربه عندهما ما لم يسكر خلافا لمحمد (و) الثالث (السكر) بفتحتين (وهو النىء من ماء الرطب) اذا صار مسكرا فهو حرام (و) الرابع (نقيع الزبيب وهو النىء من ماء الزبيب والكل) أى الثلاثة الاخيرة (حرام اذا غلى واشتد) خلافا للاوزاعى فى النقيع (و) لكن (حرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها) ولكن يضلل (بخلاف الخمر) فان مستحلها يكون كافرا وجاز بيع غير الخمر من هذه الاشربة ولا يجب الحد بشربها ما لم يسكر ونجاستها خفيفة فى رواية وغليظة فى رواية وضمن متلفها عند ابى حنيفة وقالا لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وعن ابى يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (والحلال منها أربعة) الاول (نبيذ التمر و) نبيذ (الزبيب ان طبخ) كل واحد منهما (أدنى طبخه وان اشتد اذا شرب ما لم يسكر بلا لهو و) لا (طرب) عندهما وعند محمد والشافعى حرام ولو شرب باللهو والطرب فهو حرام بالاتفاق النبيذ التمر ينبذ فى جرة الماء وغيرها أى يلقى فيها

حالة تعرض للانسان الخ ليس بفعل فضلا عن كونه اختياريا قلنا معنى كون السكر حراما حرمة المباشرة الى تحصيله واكتساب اسباب حصوله كما قالوا في بيان وجوب الايمان وحرمة الكفر فانهما من الكيفيات النفسانية دون الافعال الاختيارية درر وتعقبه في الشرنبلالية بان مجرد الامر النفساني لا يكون ايمانا ولا كفرا اذ الايمان لا بد من الجزم به اعتقادا مع النطق بالشهادتين او بدونه والكفر يوجد بارادته لا بمجرد علمه ولا وجه لنفيه كون الاسلام والكفر من الافعال الاختيارية لحصولهما بها وقد ناقض نفسه بما قدمه في كتاب الاستحسان الخ ثم رأيت بخط المرحوم العلامة الشيخ عبد الحي الحنفي ما نصه سئل السيوطي كيف يصح التكليف بالايمان مع انه في الشرع التصديق بما جاء به عليه الصلاة والسلام وكل تصديق فهو كيف فالايمان كيف ولا شيء من الكيف بمكلف به اما الصغرى فواضحة واما الكبرى فلما تقرر في الاصول لا تكليف الا بفعل فأجاب بأن دقائق أهل المعقول لا يعبأ بها أهل الفقه وحملة الشرع الذين مرجع التكليف اليهم وذكر السبكي في تفسير سورة الحجرات ان التصديق وحده لا يسمى من جهة الشرع ايمانا ولا اسلاما اذا لم يقترن به قول او عمل الا ان كان صاحبه غير متمكن من اللفظ فحينئذ يكون ايمانا صحيحا واطال في تحقيق ذلك ومنه يخرج الجواب عن السؤال المذكور فتأمله وفي الآيات البينات ما حاصله ان المراد بالفعل الذي لا يتعلق خطاب التكليف الا به ما يعد فعلا عرفا ويعبر عنه بلفظ الفعل فيشمل الاعتقاد الخ قال ثم رأيت في شرح الاربعين لابن حجر ان التصديق قول للنفس مغاير للمعرفة وان نشأ عنها اذ هو لغة نسبة الصدق في القلب او اللسان الى القائل وهو فعل وهي ليست فعلا بل من قبيل الكيف فكل منهما ومن الاستسلام خارج عن مفهوم التصديق لغة وان اعتبر شرعا في الايمان انتهى قال وفيه زيادة ينبغي مراجعتها (قوله حتى يغلي) هذا هو الصواب خلافا لما في بعض النسخ من قوله يغلو حموي (قوله والخليطان) وما ورد من النهي محمول على الابتداء او على غير المطبوخ جمعا بين الادلة حموي وبالاخير يحصل التوفيق ويندفع التعارض عما نقل عن ابن عمر مما يقتضي المعارضة بين قوله وفعله عيني (قوله فيطبخ) قيد به لان المروي عن ابن عمر حرمة نقيع الزبيب النيء عيني (قوله ولا حد على من شرب الخ) لان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر اعني النخلة والعنبة (قوله الاصح أنه يحد) بلا تفصيل بين المطبوخ والنيء لان الفساق يجتمعون عليها في زماننا كاجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة بل فوق ذلك درر (قوله لا يحل لبن الرمكة) اعتبارا بلحمها اذ هو متولد منه (قوله والصحيح أنه يحل) لان كراهة اللحم لاحترامه ولما في اباحته من تقليل آلة الجهاد فلا تتعدى الى لبنه كذا بخط شيخنا عن الاختيار وفي الدر عن القهستاني لبن الابل اذا اشتد لا يحل عند محمد خلافا لهما والسكر منه حرام بلا خلاف والحد والطلاق على الخلاف (قوله وهو حلال وان غلى واشتد الخ) فيجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف شربه الا القدح الاخير الذي به الاسكار لان المسكر هو القدح الاخير حقيقة واطلاقه على ما قبله مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا كما في العناية والا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والحاصل ان ما ورد عنه عليه السلام حين سئل عن البتع فقال كل مسكر خمرا ما ان يجاب بأنه محمول على القدح الاخير أو نقول انه ليس بثابت فقد روى عن يحيى بن معين انه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عنه عليه السلام أحدها لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى بن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث ووافق يحيى بن معين على ذلك أحمد بن حنبل واسحاق بن راهويه كما في الاختيار من كتاب الطلاق والبتع كما في الزيلعي نبيذ العسل وهو كما في القهستاني بكسر الباء بنقطة وفتح التاء (قوله وهذا عندهما) لقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة (قوله وعند محمد الخ) لقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام وبه يفتى كما في الزيلعي

وغيره

حتى يغلي وقد يكون من الزبيب
والعسل كذا في المغرب (و) الثاني
(الخليطان) وهو أن يجمع بين ماء
التمر وماء الزبيب فيطبخ أدنى طبخه
ويترك الى أن يغلي ويشتد كذا
في شرح السيد نقلا عن الايضاح
(و) الثالث (نبيذ العسل والتين
والبر والشعير والذرة طبخ أولا) عندهما
اذا كان من غير لهو وطرب في ظاهر
الرواية وفي النوادر عن محمد ان شرب
النيء منها بعد ما اشتد لا يحل ولا حد
على شرب ما يتخذ من العسل والبر
والشعير والفانيذ والسكر والتوت
والكمثرى وغير ذلك اسكر أو لم يسكر
كذا في المبسوط لشمس الأئمة
السرخسي وذكر في الهداية الاصح انه
يحد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد
فهو على هذا وقيل على قول أبي
حنيفة لا يحل لبن الرمكة والصحيح انه
يحل (و) الرابع (المثلث العنبي) وهو
حلال وان غلى واشتد وسكن من
العليان أي الذي ذهب ثلثاه بالطبخ وبقي
ثلثه وهذا عندهما وعند محمد ومالك
والشافعي قليله وكثيره حرام وسئل
أبو حفص الكبير فقال لا يحل شربه
فقيل له خالفت أبا حنيفة وأبا
يوسف فقال لا انهما يحلان للاستمراء
والناس في زماننا يشربون للفجور
والتلهي فعلم انه حلال فيما اذا قصد
التقوي اما اذا قصد به التلهي فلا
يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما
وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه
فقال لا أحرمه ولا أبيحه ولو طبخ الخمر
او غيره بعد الاشتداد حتى ذهب
ثلثاه لم يحل

وغيره واختاره فى شرح الوهبانية وذكر انه مروى عن الكل ونظمه فقال

وفى عصرنا فاختير حدوا وقعوا * طلاقا لمن من مسكر الحب يسكر

وعن كلهم يروى وأفتى محمد * بتحريم ما قد قل وهو المحرر

وصرح فى طلاق البزازية بنجاسته كذا فى الدر (قوله وحل الانتباذ فى الدباء الخ) وما ورد من النهى نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن النبذ فى الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا در وحموى والذى فى العينى كنت نهيتكم عن الاشربة فى ظروف الادم فاشربوا فى كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا الخ والادم جمع اديم والاضافة مميزة أى ظروف من الادم أى الجلد بعد دباغه كذا بخط شيخنا (قوله الدباء) جمع دباءة بالمد فيهما قال الجوهرى الدباء على وزن المكاء القرع الواحدة دباءة انتهى قال شيخنا ويخالفه ما فى شرح الشمائل من انه بضم الدال وتشديد الباء الموحدة والمد فى الجمع وأما المفرد فبتخفيف الباء مع ضم الدال والمد أيضا والهاء انتهى (قوله لان الانبذة تشتد فى هذه الظروف الخ) وقيل ان هذه الظروف كانت مختصة بالخمر فلما حرمت حرم النبى عليه الصلاة والسلام استعمالها اما لان فيها تشبها بشرب الخمر او لان فيها أثر الخمر فلما مضت مدة أباح عليه السلام استعمالها وان انتبذ فيها قبل استعمالها فى الخمر فلا اشكال والا فان كان عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد وعند أبى يوسف يطهر بغسله ثلاثا ويجفف كل مرة وهى من مسائل غسل ما لا ينعصر وقيل عند أبى يوسف يملأ مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما أو ريحا حكم بطهارته وعليه الفتوى كما فى الخانية (قوله وقال الشافعى التخليل حرام) لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا ولنا قوله تعالى احلت لكم الطيبات وقد تغيرت العين والخل طيب بالطبع وقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادم الخل لانه مطلق فيتناول جميع صوره والمراد بالنهى أنه يستعمل الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره الخ العينى (قوله وكره شرب دردى الخمر) أراد بالكراهة الحرمة لان فيه اجزاء الخمر وعبر به لعدم القاطع درر (قوله والامتشاط به) خص الامتشاط لان له تأثيرا فى تحسين الشعر الا اذا كان على وجه التداوى فانه يجوز حيث لم يوجد من المباح ما يقوم مقامه وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم انما ان يقال ذلك فى داء عرف له دواء غير محرم لانه يستغنى بالحلال عن الحرام أو يقال ان الحرمة تنكشف عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام بل بالحلال كما فى العناية (قوله ولكن لا يحد شاربه الخ) لان وجوب الحد فى قليل الخمر لكونه داعيا الى الكثير والدردى ليس كذلك فاعتبر فيه حقيقة السكر درر (قوله وقال الشافعى يحد بلا سكر) لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفى الدردى قطرات منها ولنا ان وجوب الحد للزجر والزجر يشرع فيما تميل الطباع اليه والطباع لا تميل الى شرب الدردى بل تعافه فأشبه غير الخمر من الاشربة ولان الثفل غالب فأشبه غالب الماء زيلعى فيصير الخمر كالمستهلك به واذا كانت الغلبة للثفل كان هذا اكلا لا شربا قال فى غاية البيان فلا يرد عليه ما قيل ان حرمة قليل الخمر قطعية عزمى (تتمة) لم يتعرض المصنف للحشيشة وهى حرام كما فى شرح منظومة ابن وهبان من آخر كتاب الكراهية وقال

وأفتوا بتحريم الحشيش وحرقه * وتطليق محتش لزجر وقرروا

لبائعه التأديب والفسق أثبتوا * وزندقة للمستحل وحرروا

وفى التنوير ويحرم اكل البنج والحشيشة والافيون لكن دون حرمة الخمر فلو اكل منها شيئا لا حد عليه وان سكر بل يعذر بما دون الحد وكذا تحرم جوزة الطيب لكن دون حرمة الحشيشة قاله مصنف التنوير ونقل عن الجامع وغيره ان من قال بحل البنج والحشيشة فهو زنديق مبتدع بل قال نجم الدين الزاهدى انه يكفر ويباح قتله وأما التتن فقد حكى فى الدر اولا عن شيخه النجم الغزى الشافعى انه حرام لانه

(وحل الانتباذ) اى اتخاذ النبيذ (فى الدباء) وهو القرع وقال أبو عبيدة الدباء جمع دباءة وهو القرع (والحنتم) وهو جرار حمر وقيل جرار خضر تؤتى بها من نواحى اليمن والواحدة حنتمة (والمزفت) الوعاء المطلى بالزفت وهو القير (والنقير) من نقر الخشبة اذا حفرها والنقير الخشبة المنقورة وانما خص هذه الاوعية بالذكر لان الانبذة تشتد فى هذه الظروف أكثر مما تشتد فى غيرها (و) حل (خل الخمر) مطلقا (سواء خللت) بالقاء شئ فى الخمر من الملح أو الخل او غيره (أو تخللت) بنفسها من غير القاء شئ وقال الشافعى التخليل حرام ثم ان كان بالقاء شئ فى الخمر من ملح أو خل فلا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان التخليل بغير القاء شئ فى الخمر بان كان بالنقل من الظل الى الشمس ومن الشمس الى الظل أو بايقاد النار بالقرب منه فله قولان فى اباحة تناول ذلك الخل (وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) والانتفاع به (و) لكن (لا يحد شاربه بلا سكر) وقال الشافعى يحد بلا سكر

مفتر وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن كل مسكر ومفتر وليس من الكبائر شربه المرة والمرتين ومع نهى ولى الامر عنه حرام قطعا ثم قال وفى الاشباه فى قاعدة الاصل فى الاشياء الاباحة او التوقف ويظهر أثره فيما اشكل حاله كالحيوان المشكل أمره والنبات المجهول سمته قال فيفهم منه حكم النبات الذى شاع فى زماننا بالتتن قال شيخنا وهو الاباحة بناء على انها الاصل فى الاشياء وقد مال فى الدر الى القول بالاباحة بدليل قوله وقد كرهه شيخنا العمادى الحاقا له بالثوم والبصل انتهى ولا يخفى ان الكراهة تنزيهية بدليل الالحاق بالثوم والبصل والمكروه تنزيها يجامع المباح واعلم ان ما ذكره فى الدر عن شيخه النجم الغزى من انه حرام مخالف لما نقل عن أئمة الشافعية حتى اوجبوا على الزوج غايتها منه (تكميل) قال فى الصحاح الفترة الانكسار والضعف وقد فتر الحر وغيره يفتر فتورا وفتره الله تفتيرا انتهى وذكر شيخنا ان فتر يفتر كنصر ينصر

(كتاب الصيد)*

(قوله من أسباب اللهو والطرب) الا ان الطرب فى الاشربة أقوى لانه بأمر يدخل فى الباطن والطرب فى الصيد بأمر خارجى فكان الاول أقوى وصار بالتقديم احرى حموى (قوله قال عليه الصلاة والسلام من اتبع الصيد الخ) ينظر تخريج هذا الحديث حموى (قوله فقد غفل) بابه دخل (قوله هو الاصطياد) هذا تفسير بالاخفى لان الاصطياد هو الصيد مزيدا فيه تاء الافتعال ومامعهما والفرع يتوقف معناه على معرفة أصله فكان ينبغى أن يقال الصيد لغة مصدر صاد يصيد و يطلق بمعنى المفعول أى المصيد لكن لما اشتهر الاصطياد فى الفعل فسر به الصيد الذى يستعمل بمعناه تارة وبمعنى المفعول اخرى حموى عن المقدسى قال وله معنى آخر وهو الحيوان المتوحش الممتنع عن الآدمى (قوله لان المصدر قد يطلق على المفعول) هو كذلك لكن الذى اطلق هنا على المفعول اسم المصدر لا المصدر قال فى الهداية الصيد الاصطياد وينطلق على ما يصاد قال الاتقانى يعنى ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول انتهى وقوله يعنى ان الصيد مصدر صوابه اسم مصدر بقرينة قوله اطلاقا لاسم المصدر كذا ذكره الحموى وتعقب بأن ما ذكره من التصويب يبتنى على ماتوهمه من كون الاضافة فى قوله اطلاقا لاسم المصدر بمعنى اللام وليس كذلك بل هى بيانية أى اسم هو المصدر بقرينة قوله الصيد مصدر وفيه أيضا ردا الاول للثانى والمناسب عكسه لان الضرر انما جاء من الثانى انتهى (قوله لانه حكم الذكاة) أى لان الحل حكم الذكاة (قوله وشرط الحل أن يكون الصائد من اهل الذكاة) فيه ان هذا احد الشروط المعتبرة فى الحل وهى خمسة عشر شرطا خمسة فى الصائد وهو ان يكون من أهل الذكاة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه فى الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة فى الكلب ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه فى الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا يأكل منه وخمسة فى الصيد ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وان يكون متقويا بانيابه أو بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه نهاية عن الخلاصة قال فى العناية وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على أنه لو اتى فى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وأيضا الشرط الاول من الشروط المعتبرة فى الكلب يغنى عن الثانى لانه اذا لم يذهب على سنن الارسال لا يكون معلما وكذا يشترط ان يلحقه المرسل او من يقوم مقامه قبل انقطاع الطلب او التوارى عنه حموى عن البناية (تتمة) ما ذكر من الشروط بالنسبة لحل الاكل أما ما لا يؤكل فان شيئا منها ليس بشرط فى جواز صيده كذا فى الدرر وتعقبه

(كتاب الصيد) المناسبة بين الكتابين ان كلا منهما من اسباب اللهو والطرب وهما يوجبان الغفلة قال النبى صلى الله عليه وسلم من اتبع الصيد فقد غفل (هو الاصطياد) ويطلق على ما يصاد ويجمع على صيود لان المصدر قد يطلق على المفعول وحكم الاصطياد ثبوت الملك لا الحل لانه حكم الذكاة وشرط ثبوت الملك كون الصيد غير مملوك وشرط الحل أن يكون الصائد من أهل الذكاة

فى الشرنبلالية بأنه ان أراد به جواز الاصطياد فغير مسلم لانه يشترط ان لا يكون الصيد فى الحرم
وان لا يكون الصائد محرما لغير الفواسق وان أراد بالجواز حل الانتفاع بجلده مثلا فتشترط التسمية
والجرح وكون الجارح معلما الخ وأقول ماذكره فى الدرر من عدم اشتراط شئ يبتنى على ماهو الاصح
بدليل مافى البحر من كتاب الطهارة حيث قال بعد كلام وأما طهارة لحمه اذا كان غير مأكول فمختلف فيه
واختلف التصحيح أيضا وفى كثير من الكتب الذكاة انما توجب الطهارة فى الجلد واللحم اذا كانت من
الاهل فى المحل وهو ما بين اللبة واللحيين وقد سمى بحيث لو كان مأكولا يحل أكله فذبح المجوسى لا يوجب
الطهارة لانه اماتة لكن نقل صاحب معراج الدراية عن المجتبى والقنية ان ذبح المجوسى وتارك التسمية
عمدا يوجب الطهارة على الاصح الخ وعليه فلا يشترط لطهارة غير المأكول سوى خروج الدم المسفوح
فقط بلا فرق بين الذكاة الاختيارية والاضطرارية (قوله وسبب ثبوت الملك الخ) اعلم ان اسباب الملك
ثلاثة ناقل كبيع وهبة وخلافة كارث واصالة وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد على المباح أو حكما
بالتهيئة كنصب شبكة لصيد فيملك ما تعلق بها بخلاف ما اذا نصبها للجفاف وخرج بالمباح مالو وجد المفتش
خاتما أو دينارا مضروبا بضرب الاسلام فانه لا يملكه ويجب تعريفه تنوير وشرحه (قوله ثم الصيد
مباح) أطلقه فعم مالو اتخذه حرفة لانه نوع اكتساب وهو مباح كالاحتطاب خلافا لما فى الاشباه عن
البزازية وماذكره بعضهم من تعليل كراهة اتخاذ الصيد حرفة بأنه اتخاذ زهاق الروح عادة يعنى وهو يوجب
قسوة القلب تعليل فى مقابلة النص وهو قوله تعالى أحل لكم صيد البحر وهو نسخ على انه ذكر فى البزازية
فى موضع آخر ان المذهب عند جمهور العلماء ان جميع أنواع الكسب فى الاباحة على السواء هو الصحيح
ومثله فى الخلاصة حموى فى حاشية الاشباه نعم يستثنى من اطلاقه مالو كان للتلهى قال فى منية المفتى
الاصطياد على وجه اللهو مكروه ومافى الزيلعى حيث استدل على الاباحة بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر
مادمتم حرما فيه نظر لانه وان كان يدل على الحل اذا زال الاحرام لكنه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس
بحجة ولو كان مكانه أحل لكم صيد البحر لكان انسب كما فى العناية (قوله لغير المحرم فى غير الحرم)
الا الفواسق وما الحق بها فانه يجوز صيدها فى الحرم استدفاعا لشرها شرنبلالية عن البدائع وليس
للمدينة المنورة حرم عندنا فيجوز الاصطياد فيها وقطع حشيشها ورعيه شرنبلالية (قوله ويحل بالكلب المعلم
الخ) والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات كما فى
الهداية وجرى عليه الزيلعى أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب
القران فى الحكم والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله أحل لكم الطيبات
جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغى
ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطا وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض
المذكور فالحمل عليه أولى عناية وقوله فى الآية الشريفة مكلبين اى مسلطين والتكليب اغراء السبع
على الصيد كما فى الجوهرة وقال الزيلعى معنى مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن شرنبلالية
(قوله بالتخفيف والتشديد) وجمعه بزاة والبازلفة وجمعه ابواز شرنبلالية عن الجوهرة (قوله الاسد
والذئب) كذا الخنزير لنجاسة عينه وعليه فلا يجوز بالكلب على القول بنجاسة عينه الا أن يقال ان
النص ورد فيه وبه يندفع قول القهستانى ان الكلب نجس العين عند بعضهم والخنزير ليس بنجس العين
عند ابى حنيفة على مافى التجريد وغيره واعلم ان بعضهم ذكر مكان الذئب الدب ومنهم من ذكر الثلاثة
كصاحب الاختيار وليس عدم جواز الصيد بها لمعنى يعود الى عينها بل لفقد التعليم لان من عادتهم
امساك الصيد وعدم أكله فى الحال فلا يستدل على التعليم بترك الاكل حتى لو تصور التعليم جاز ولان
الاسد لا يعمل لغيره لعلو همته وكذا الدب لخسته والحق بعضهم الحدأة بالدب لخساستها شلبى وحموى ودر
(قوله وفى الجامع الصغير الخ) انما أورده لقوله ولا خير فيما سوى ذلك فان المتن يدل على الاثبات لا غير

وسبب ثبوت الملك الاخذ ثم الصيد
مباح لغير المحرم فى غير الحرم (ويحل
بالكلب المعلم والفهد والبازى)
بالتخفيف والتشديد (وسائر الجوارح
المعلمة) كالشاهين والباشق والصقر
وعن ابى يوسف انه استثنى من ذلك
الاسد والذئب وفى الجامع الصغير
وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع
وذى مخلب من الطيور فتعلم فلا باس
بصيده وماسوى ذلك لاخير فيه
الا ان تدرك ذكاته فتذكيه

والجامع يدل على الاثبات والنفي جميعا (قوله يريد به انه اذا أخذ كلب غير معلم الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل كذا في الدرر لكن صواب قوله لثعلبة لابي ثعلبة كما في الزيلعي وهو الخشني من أصحاب الشجرة نسبة الى خشين قبيلة من قضاعة وقرية بافريقية كذا بخط شيخنا (قوله وفي معنى الجوارح قولان) عبارة البناية قيل في التأويل الجوارح التي تجرح وقيل الكواسب ومنه قوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار ويمكن حملهما على معنى واحد لان الجارح هو الذي يكتسب وهو ظاهر اللفظ فكان حمله عليه أولى حموى (قوله وذا) أي التعليم والمراد التعلم من اطلاق المصدر وارادة الحاصل به حموى (قوله بترك الاكل ثلاثا) مع الجوع لا الشبع حموى لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي في مدة ضربت كذلك كما في قصة موسى وكمدة الخيار لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه الصلاة والسلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر اذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الثلاث ركب فقدر به زيلعي وقوله كما في قصة موسى أراد حكاية موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك كما في العناية (قوله في الكلب) أي ونحوه كما في الدر مما يجوز الاصطياد به من سباع البهائم ويدل عليه ما سيأتي في المتن ان الفهد لو أكل من الصيد لا يؤكل (قوله وابو حنيفة لم يوقت الخ) لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص في هذا فيفوض الى رأى المبتلى به كما هو دأبه في مثله كحبس الغريم والاعمال المفسدة للصلاة زيلعي (قوله وفي الثالث روايتان) أي عن الصاحبين شرنبلالية لما تقدم من ان الامام لم يقدره لعدم النص (قوله وبازجوع اذا دعوته) لان بدن البازي لا يحتمل الضرب وقال الشافعي البازي اذا أكل من الصيد لا يؤكل كالكلب وهو محجوج بما روى محمد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال في البازي يقتل الصيد فيأكل منه فقال كل وقال تعليم البازي ان تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل ولم يروعن اقرانه خلافه فحل محل الاجماع شلبي ولم يذكر بكم اجابة يصير معلما وينبغي أن يكون على الاختلاف المذكور في الكلب ولو قيل انه يصير معلما باجابة واحدة لكان له وجه لان الخوف ينفره بخلاف الكلب زيلعي بقي أن يقال لم يذكر المصنف في تعلم الكلب ونحوه أن يجيب اذا دعاه وهكذا في عامة الكتب وفي الشرنبلالية عن الذخيرة ما يخالفه (قوله في البازي) بيان لقوله وبازجوع لان اللام فيه عوض عن المضاف اليه وهو الجارح فيكون البازي بيانا له ولا يعود الضمير في قوله دعوته للبازي اذ يصير المعنى دعوت البازي في البازي وهو سمج عيني (قوله ولا بد من التسمية عند الارسال) وكذا لا بد من عدم طول وقفته بعد ارساله فانها ان طالت بعده لم يكن الاصطياد مضافا الى الارسال الا اذا كمن كالفهد فانه حيلته في الاصطياد فيكون مضافا الى الارسال يقال كمن كمونا من باب قعد شلبي عن المصباح وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا يقطع فور الارسال لما بينا في الفهد زيلعي وللفهد خصال منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره درر وهو قطعة من حديث في صحيح مسلم وتمامه والشقي من شقي في بطن أمه كذا بخط شيخنا عن از بيع (قوله ولا بد من الجرح في أي موضع كان) يستثنى البازي والصقر فانهما لو قتلاه جثما وخنقا يحل بالاتفاق كما في النظم وقوله جثما أي جلس على صدره حتى قتله قهستاني (قوله وعن ابي يوسف انه لا يشترط) وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا عيني قال وهو قول للشافعي لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص قلنا اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلى مطلق فيحمل على المقيد لاتحاد الواقعة يعني في قوله تعالى وما علمتم من الجوارح (قوله واكل منه البازي) أي

أكل

يريد به انه اذا أخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا قتله الكلب الا ان يدرك ذكاته وفي معنى الجوارح قولان أحدهما أن يكون جارحا حقيقة بنابه أو بمخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة والثاني الكواسب كقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم ويمكن الحمل عليهما فيشترط أن يكون من الكواسب التي تجرح ليعمل بالجرح يقين (وذا) فيهما (ولا بد من التعليم) (بترك الاكل ثلاثا) من المرات (في الكلب) عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة وابو حنيفة لم يوقت فيه وقال انه فوضه الى اجتهاد صاحبه فان كان أكبر رأيه انه صار معلما فهو معلم والا فلا فان صاد ثلاثا أو أكثر من الصيود ولم يأكلها لم يؤكل الاول والثاني وفي الثالث روايتان والاصح ان الثالث يحل كذا في الخلاصة (و) ذا (بالرجوع) والاجابة (اذا دعوته في البازي) مطلقا سواء كان الرجوع بطمع اللحم أولا وقيل لو رجع بلا طمع اللحم فهو معلم والا لا (ولا بد من التسمية عند الارسال) حقيقة أو تقديرا كما في الناسي (و) لا بد (من الجرح في أي موضع كان) من الصيد وعن أبي يوسف انه لا يشترط (فان) ارسله بعد التسمية فأخذه وجرحه ثم مات (أو أكل منه البازي أكل) الباقي

اكل الباقي لان ترك الاكل غير معتبر في تعليم البازي عيني وكذا غيره مما يجوز الصيد به من سباع الطيور (قوله وكان القياس ان يحرم الباقي) ينظر وجه القياس حموي (قوله وان اكل الكلب أو الفهد لا يؤكل الباقي) اما في الكلب فظاهر لما علم من ان ترك الاكل معتبر في تعليمه وكذا الفهد وغيره مما يجوز الصيد به من سباع البهائم كما اشار اليه في الدرر ولو اصطاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيئا ثم أكل من صيد بعد ذلك لا يؤكل من الذي اكل منه لان اكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية كما في الزيلعي لكن استشكله القهستاني بان الحكم بالشئ لا يقتضي الوجود الاترى انا نحكم بحرية الامة الميتة عند دعوى الولد انتهى ومحصل الاشكال ان انعدام المحلية غير مانع من الحكم عليه بحرمة الاكل وينبغي ان تظهر ثمرة الحكم بالحرمة فيما اذا كان مبيعا فان المشتري يرجع بالثمن على البائع لظهور ان المبيع ميتة ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فارسله فصاد لا يؤكل صيده لتركه ما صار به معلما فصار كالكلب اذا اكل منه ولو القى اليه الصائد قطعة منه فأكلها يؤكل ما بقي لان هذه عادة الصيادين وكذا اذا خطف الكلب منه واكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة ولو نهشه فقطع منه بضعة فأكلها ثم ادركه فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه كلب جاهل ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى اخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة واكلها يؤكل الصيد عيني مع تنوير وشرحه (قوله وقال مالك والشافعي في القديم لا يحرم) لقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة حين قال له ان لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها كل مما امسكن عليك فقال وان اكل منه قال وان اكل منه ولنا ما في البخاري ومسلم من قوله عليه الصلاة والسلام الا ان يأكل الكلب فلا تأكل وما رويتما غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم اولى زيلعي (قوله ولو شرب الكلب من دم الصيد اكل) في الاصل عن ابن عباس انه قال في الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل من اللحم قال لا بأس بأكله ولان شرب الدم وترك اللحم من غاية حذاقة الكلب وعلمه فانه اكل ما لا يحتاج اليه المالك وترك عليه ما يحتاج اليه حموي (قوله وان ادركه حيا الخ) الحياة المعتبرة هنا ما تكون فوق حياة المذبوح بان يعيش يوما او روي اكثره وفي المتردية واخواتها كنطيحة وموقوذة وما اكل السبع والمريضة مطلق الحياة وان قلت وعليه الفتوى وتقدم في الذبائح تنوير وشرحه قلت جرى على هذا التفصيل صاحب الدرر وهو مخالف لما في الزيلعي حيث قال بعد كلام فلا يحل الاكل الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية او بينة بجرح المعلم او غيره من السباع وعليه الفتوى وقال قبله والسهم مثله انتهى أي مثل جرح المعلم ونحوه من السباع ويخالفه أيضا ما في الاختيار حيث سوى آخرا بين المصيد بالكلب ونحوه والرمي وبين المتردية والنطيحة واخواتهما في اشتراط الذكاة اذا وجد به حياة وان كانت مثل حياة المذبوح وقال هو المختار كذا ذكر شيخنا ثم نقل عن العناية ما محصله ان ما سبق من التفصيل بالنسبة لما جرحه المعلم يعني ونحوه كالمصاب بالسهم قولهما واما عند الامام فلا يحل الا بالذكاة مطلقا سواء كان يتوهم بقاؤه حيا أولا قال وعليه الفتوى انتهى ملخصا فتلخص من هذا التقرير ان الترجيح اختلف بالنسبة لما جرحه المعلم أو السهم ثم ادركه حيا وبه من الحياة مثل ما المذبوح فمات ولم يذكه منهم من افتى بالحل أخذا بقولهما كشارح التنوير وصاحب الدرر ومنهم من افتى بالحرمة أخذا بقول الامام كالزيلعي وصاحب العناية والاختيار (قوله سواء تمكن من ذبحه اولا) لعدم آلة او ضيق الوقت وفقد الآلة ان لا يجد الآلة اصلا وضيق الوقت ان تكون الآلة موجودة الا انه لم يبق من الوقت ما يتمكن فيه من تحصيل الآلة والاستعداد للذبح عزمي مع عناية (قوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف الخ) وجه الحل انه لم يقدر على الاصل ولا يؤكل في ظاهر الرواية لانه قادر حكما عيني (قوله وهو قول الشافعي) مخالف لما ذكره العيني حيث قال وعند الشافعي ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لا يؤكل لان التقصير

وكان القياس أن يحرم الباقي وهو أحد قولي الشافعي (وان أكل الكلب أو الفهد لا) يؤكل الباقي وقال مالك والشافعي في القديم لا يحرم ولو شرب الكلب من دم الصيد أكل (وان أدركه) المرسل (حيا ذكاه وان لم يذكه) حتى مات حرم مطلقا سواء تمكن من ذبحه أولا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح يحل وهو قول الشافعي

وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه حيامع الجرح الذى جرحه الكلب أما اذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع فى يد صاحبه حيا فمات حل تناوله (أو خنقه الكلب ولم يجرحه) حرم مطلقا سواء كسر منه عضوا أم لا وحكى أبو يوسف عن ابى حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله حل (أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه) حال كونه (عمدا حرم) خلافا للشافعى فى الاخيرة قوله حرم متعلق بالمسائل الخمس ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره أكله ثم قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى ولو رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس بأكله (وان أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر) بزجره (حل) الصيد (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر حرم) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب (وان لم يرسله أحد) ولكن انبعث الكلب على أثر الصيد بغير ارسال (فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد (حل) والقياس ان لا يحل وكذا جميع الاحكام فى البازى الا انه وضع المسائل فى الكلب لانه محل الاشتباه (وان رمى وسمى وجرح أكل وان أدركه حيا ذكاه وان لم يذكه) ثم مات (حرم) وقد مر الاختلاف فى الكلب فلا يحتاج الى الاعادة (وان وقع سهم) بصيد (فتحامل) التحامل فى المشى ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت فى المشى وفيه انما يتحامل الصيد ويطير أى يتكلف فى الطيران وهو من الحمل أى يحمل الصيد نفسه على تكلف المشى والطيران كذا فى المغرب (وغاب) عن النظر (وهو فى طلبه) ولم يزل فى طلبه حتى أصابه

من جهته وان كان لضيق الوقت اكل لعدم التقصير انتهى الا ان يحمل قول الشارح ولم يتمكن من ذبحه على ما اذا كان عدم التمكن لضيق الوقت فتزول المخالفة حينئذ (قوله وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه حيا الخ) تقييد لبيان محل الخلاف وحينئذ كان عليه ان يقول حل تناوله اجماعا حموى (قوله حل تناوله) اى بالاجماع قيل وهذا عندهما وعند ابى حنيفة لا يحل الا اذا ذكاه عينى قال فى العناية وعليه الفتوى والموقوذة هى المقتولة بالضرب (قوله ولم يجرحه) بالواو كما فى الوافى والهداية وفى نسخ معتمدة من هذا الكتاب والذى فى شرح العينى بخطه با وبدل الواو والظاهر الواو حموى (قوله انه اذا كسر عضوا الخ) لان الكسر جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وكلام محمد فى الزيادات يقتضى انه لا يحل بالكسر لانه كالخنق فلم يكن فى معنى الجرح لعدم انهار الدم شلبى (قوله متعلق بالمسائل الخمس) أما فى الاوليين فلعدم الذكاة وأما فى الباقى فلانه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم احتياطا لان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فالاحتياط فى الترك حموى (قوله ولو رده عليه الخ) ولو رده سبع او ذو مخلب من الطير مما يجوز ان يعلم فيصاد به فهو كالكلب فيما ذكر لوجود المجانسة فى الفعل بخلاف ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر (قوله يكره أكله) لمعاونته فى الاخذ وفقدها فى الجرح زيلعى (قوله كراهة تنزيه) لان الاول لما انفرد بالاخذ والجرح غلب جانب الحل فاوجبت اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة زيلعى (قوله وقيل كراهة تحريم) لوجود المشاركة من وجه زيلعى (قوله وان ارسل مسلم الخ) لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينفسخ به الارسال لان الشئ لا يرتفع الا بمثله أو بما هو فوقه فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى فى الوجه الاول ولا ارسال المجوسى فى الوجه الثانى فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثنى وتارك التسمية عامدا فى هذا كالمجوسى غير ان المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض للصيد زيلعى (قوله فزجره) أى حرضه على سرعة الجرى وحثه على الاخذ حتى هاج وازداد عدوا حموى عن المفتاح (قوله والمراد بالزجر الخ) انما قال والمراد ولم يقل والزجر الاغراء لانه مشترك يستعمل بمعنى المنع وبمعنى الاغراء حموى (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم) أو كتابى أى مع التسمية حموى (قوله والقياس ان لا يحل) لان الارسال جعل ذكاة الاضطرار للضرورة فاذا لم يوجد الارسال انعدمت الذكاة حقيقة وحكما وجه الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقب زجره دليل طاعته فيجعل اذ ليس فى اعتباره ابطال السبب بخلاف الاصل الاول لا يقال الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه فلا يرفع الانفلات فصار كالفصل الاول والجامع ان الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات لان آخر المثلين يصلح ناسخا للاول كما فى نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوى الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع زيلعى (قوله وكذا جميع الاحكام فى البازى) أى الاحكام المذكورة فى الكلب ثابتة فى البازى حموى (قوله لانه محل الاشتباه) أى اشتباه الحكم من الحل وعدمه لكن لم يظهر وجه الاشتباه فلينظر حموى وقد يقال يحتمل ان يكون وجه الاشتباه بالنسبة للاختلاف فى حل ما اكل منه الكلب لتعارض الادلة كما سبق عن الزيلعى ويحتمل ان يكون بالنسبة لجواز الصيد اذ قياس ما قيل من نجاسة عينه عدم جواز الصيد به ولهذا استشكله القهستانى ون أجيب بورود النص فيه كما قدمناه (قوله وقد مر الاختلاف فى الكلب فلا يحتاج الى الاعادة) هو انه اذا ادرك الصيد حيا ولم يذكه حتى مات حرم سواء تمكن من ذبحه الا الى آخر ما مر كذا بخط شيخنا (قوله ولم يزل فى طلبه) كذا لو امر غيره بالطلب حموى عن البزازية لكن فى فتاوى قاضيخان من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موته بسبب آخر واليه أشار صاحب الهداية أيضا وفيه كلام للزيلعى (قوله

حل استحسانا) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام فأدركته فكله مالم ينتن
وروى انه عليه الصلاة والسلام كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامى فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه
والاوّل على ما اذا لم يقعد زيلعى قال ويشترط للحل ان لا يوجد به جراحة سوى جراحة سهمه (قوله وان
رمى صيدا فوقع فى ماء الخ) لقوله تعالى والمتردية ولقوله عليه السلام لعدى اذا وقع فى الماء فلا تأكل
عينى لاحتمال ان الماء قتله درر واعلم ان المصنف اطلق الحرمة كصاحب الدرر والعينى وصدر
الشريعة وابن كمال باشا وكذا فى التنوير وشرحه والزيلعى قيد الحرمة بما اذا كان فيه حياة مستقرة
فيحرم بالاتفاق لان موته يضاف الى غير الرمى وان كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذى
مر فى ارسال الكلب وقال قبله الا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته
(قوله وان وقع على الارض ابتداء حل أكله) لانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد بابه
عينى (قوله وجرحه لم يحل) لاحتمال قتله بغير الرمى (قوله كما اذا ذكاه) صوابه كان كما اذا ذكاه حموى
(قوله فان كان لم ينغمس فى الماء) أى بعد الجراحة حموى (قوله وان انغمس فى الماء لم يؤكل) لان
تشرب الجرح الماء سبب زيادة الالم حموى (قوله وما قتله المعراض الخ) المعراض سهم طويل له أربع
قذذ دقاق اذا رمى به اعترض والقذذ جمع قذة وهى ريش عينى وفيه مخالفة لما فى الشارح وأما القدة
بالدال المهملة فالطريقة والفرقة من الناس اذا كان هوى كل واحد على حدة يقال كانا طرائق قددا
كما فى الصحاح والقدة بكسر القاف وكذا القدد كذا ضبطه شيخنا بالقلم (قوله أو البندقة) وفى الجوهرة
البندقة اذا كان لها حد يجرح بها أكل وقال قاضيخان لا يحل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصا
وما أشبه ذلك وان جرح لانه لا يخزق الا ان يكون شئ من ذلك قد حدده وطوله كالسهم وأمكن ان
يرمى به فان كان كذلك وخزقه بحده حل أكله فأما الجرح الذى يدق فى الباطن ولا يخزق فى الظاهر
لا يحل لانه لا يحصل به انهار الدم شرنبلالية والحاصل أنه اذا كان القتل بالثقل لا يحل وان وجد الادماء
كما أشار اليه فى الدرر وهو محمل ما أجاب به الشيخ زين حين سئل عمن يصطاد الطيور بالبندق الرصاص
والطين هل يحل أكلها أم لا فأجاب لا يحل أكلها انتهى وأما اذا كان القتل بالجرح للخفة بان كان لها
حدة فيحل وشرط فى الجرح الادماء وقيل لا يشترط كما فى الدر عن الملتقى ورجح الاتقانى عدم الاشتراط
كما فى حاشية الشلبى واعلم ان خزق ويخزق بالزاى قال فى حاشية الشلبى يقال خزق المعراض بالزاى نفذ
وبالراء المهملة فى الثوب انتهى (قوله هذا اذا أبان الخ) ولو قطع يدا او نحوه ولم يبنه ان توهم التئامه
واندماله حل لانه جرح لا ابانة والا بان كان معلقا بجلدة حل ما سواه شرح حموى ودر مختار (قوله وان
قده الخ) لان فعله أتم ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حيا فكان بمنزلة الذبح شرنبلالية والقد الشق
طولا وبابه رد كما فى المختار (قوله او قطعه أثلاثا الخ) لان ما بين النصف الى العنق مذبح لان الاوداج من
القلب الى الدماغ شرنبلالية (قوله وكان الاكثر مما يلى العجز) بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا او فخذا
او كان ثلثه مما يلى القوائم او قطع أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم
بقاء الحياة فى الباقى كذا فى الزيلعى والذى فى العينى بخطه لانه لا يتوهم بقاء الحياة فى الباقى والصواب
اسقاط لا كذا بخط شيخنا (قوله أكل كله) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاؤه حيا مع هذه
الجراحة عينى (قوله اللهم الا ان يقال انه خصه بالذكر الخ) وعليه فلا يكون التقييد اتفاقيا بل احترازيا
ولهذا قال فى الدرر بخلاف ما اذا كان الثلثان فى طرف الرأس والثلث فى طرف العجز لامكان الحياة
فى الثلثين فوق حياة المذبوح الخ والمراد أنه يحرم الجزء المبان ويحل المبان منه كما فى الشرنبلالية (قوله
وعند الشافعى يحل المبان الخ) لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار وبه قال مالك
وأحمد فى رواية كما فى العينى بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما قطع من
بهيمة وهى حية فهو ميتة ذكر الحى مطلقا فانصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه الصفة

(حل) استحسانا والقياس أن لا يحل
وهو قول الشافعى (وان قعد عن
طلبه ثم أصابه) الرامى حال كونه
(ميتا لا) يحل مطلقا وقال مالك ان
ما توارى عنه اذا لم يبت يحل واذا
بات ليلة لا يحل (وان رمى صيدا
فوقع فى ماء أو على سطح أو) على
(جبل) أو على حجر أو شجر او حائط
(ثم تردى منه الى الارض حرم وان
وقع على الارض ابتداء) أو على الجبل
فاستقر عليه (حل) أكله اذا لم يكن
شئ من ذلك محدودا وان كان محدودا
فأصابه وجرحه لم يحل واما الطير اذا
وقع فى الماء فان كان بريا لا يحل
سواء كانت الجراحة قبل أن ينغمس
فى الماء أولا الا انه اذا كان بحالة
لا يتوهم نجاة الصيد منها كما اذا ذكاه ثم
وقع فى الماء وان كان الطير مائيا فان
كان لم ينغمس فى الماء أكل وان انغمس
فى الماء لم يؤكل (وما قتله المعراض
بعرضه) وهو سهم بلا ريش يجرى
عرضا غالبا (أو) قتله (البندقة)
وهى طينة مدوّرة (حرم) وان قتله
المعراض بحده يؤكل (وان رمى
صيدا فقطع عضوا منه) ومات (أكل
الصيد لا العضو) هذا اذا أبان شيأ
يبقى المبان منه حيا بدونه عادة كاليد
والرجل والفخذ وثلثه مما يلى
القوائم والاقل من نصف الرأس
(وان) قده نصفين أو (قطعه أثلاثا
و) قد كان (الاكثر مما يلى العجز) أو
قطع رأسه او نصف رأسه أو أكثر منه
(أكل كله) فظهر من هذا ان
التقييد بقوله أثلاثا اتفاقى اللهم الا
ان يقال انه خصه بالذكر ليتهيأ له بناء
قوله والاكثر مما يلى العجز عليه وهذا
كله عندنا وعند الشافعى يحل المبان
والمبان منه فى الوجوه كلها اذا مات
الصيد

لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة زيلعى (قوله وحرم صيد المجوسى الخ) لانهم ليسوا من أهل الذكاة الاختيارية فكذا فى الاضطرارية وقول العينى وكذا صيد المحرم فى حق الاكل لعله فى حق الكل أى الذكاة الاختيارية والاضطرارية كذا ذكر بعض الافاضل وأقول لا مانع من كون التقييد بالاكل للاحتراز عن غيره كالانتفاع بجلده حيث لا يشترط لحله كونه من أهل الذكاة لانه وان لم يطهر بها فالدباغ يطهره بقى ان يقال ماذكر من حرمة صيد المجوسى ونحوه بالنسبة لصيد تشترط فيه الذكاة ولهذا نقل الشلبى فى الحاشية عن النهاية أنه لا بأس بأكل سمكة اصطادها مجوسى لانها تحل من غير تسمية عمدا وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغيره فيه سواء انتهى (قوله والمرتد) والعبرة لحالة الرمى فحل الصيد بردته لا باسلامه ووجب الجزاء بحله لا باحرامه كذا فى التنوير يعنى اذا كان عند الرمى مرتدا فأصابه بعد ان أسلم يحرم وبالعكس يحل وان كان عند الرمى محرما فأصابه بعد ان حل وجب الجزاء وفى العكس لا يجب وعلى هذا ارسال الكلب ونحوه (قوله فرماه آخر) وان رمياه معا وأصاباه معاقبات منهما فهو بينهما لاستوائهما فى السبب كذا بخط شيخنا (قوله فهو للثانى) لان الاصطياد منه وجد وهو كمن اثار صيدا فأخذه غيره (قوله وحل الصيد) لانه لم يخرج بالاول عن حيز الامتناع فكان ذكاته ذكاة الاضطرار زيلعى (قوله وحرم الصيد) لانه لما أثخنه كان قادرا على الذكاة الاختيارية فوجبت عليه ذكاته ولم يذكه وصار الثانى قاتلا له فيحرم كذا فى العينى وغيره كالدرتبعا للزيلعى وعلل الحموى المسئلة باحتمال موته بالثانى (قوله هذا اذا كان الرمى الاول الخ) تقييد لقول المصنف حرم حموى (قوله بحال ينجو منه الصيد) لان موته يضاف الى الثانى زيلعى (قوله يحل) لان موته لا يضاف الى الرمى الثانى فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما الخ زيلعى (قوله فعند أبى يوسف لا يحرم) لان هذا القدر من الحياة غير معتبر عنده خلافا لمحمد زيلعى (قوله وضمن الثانى الخ) لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزم قيمة ما أتلف وقيمته وقت اتلافه كانت ناقصة بجراحة الاول فيلزمه ذلك بيانه ان الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم مات يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول عينى (قوله اذا علم ان القتل حصل بالثانى) هذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده او بهما وليس كذلك كما فى الزيلعى عن قاضيخان (قوله وان علم ان الموت الخ) اما الضمان الاول وهو ضمان ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه وأما الضمان الثانى وهو ضمان نصف قيمته مجروحا بالجراحتين فلان الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والجراحة الثانية ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا فلا يضمنها ثانيا وأما الضمان الثالث وهو ضمان نصف قيمة اللحم فلانه برمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه توضيح طريق الضمان ان الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة مثلا فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين يضمن الثانى للاول ما نقصته جراحته وهو درهمان فبقى من قيمته ستة دراهم يضمن الثانى أيضا نصفها وهى ثلاثة دراهم وهى نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم اذا مات يضمن النصف الآخر وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم ولا يضمن النصف الآخر من اللحم بعد الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه يتكرر الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه وهو لا يجوز كذا ذكره العينى وما قيل من انه بين حكم الضمان ولم يذكر حكم الاكل وحكمه أنه لا يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره لانه يعلم من ضمان اللحم فيه نظر ظاهر منشأه الذهول عن قول المصنف فى صدر المسئلة وحرم (قوله أو لم يدر) انما كان الحكم فى هذه الصورة كالحكم فيما اذا علم حصول

(وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد
وان رمى صيدا) وأصابه (فلم يثخنه)
أى لم يوهنه الرمى (فرماه آخر فقتله
فهو للثانى وحل) الصيد (وان
أثخنه) وأوهنه (فللاول و) لكن
(حرم) الصيد هذا اذا كان الرمى الاول
بحال ينجو منه الصيد أما اذا كان
الرمى الاول بحال لا ينجو منه الصيد
فان بقى فيه من الحياة بقدر ما يبقى
فى المذبوح كما لو أبان رأسه يحل وان
كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه
الصيد غير انه يبقى فيه من الحياة أكثر
مما يكون فى المذبوح بان كان يعيش
يوما أو دونه فعند أبى يوسف لا يحرم
وعند محمد يحرم (وضمن الثانى للاول
قيمته غير ما نقصته جراحته) أى ضمن
قيمة الصيد الا ما نقصته من قيمته
الصيد جراحته ولا يضمن قيمة الصيد
الصحيح هذا اذا علم ان القتل حصل
بالثانى بان كان الاول بحال يجوز
أن يسلم الصيد منه والثانى بحال
لا يسلم الصيد منه ليكون القتل
مضافا الى الثانى وان علم ان الموت
حصل من الجراحتين أو لم يدر ضمن
الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم
يضمن نصف قيمة لحمه ذكيا

الموت منهما لان كلا من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما واعلم ان النسخة التى كتب عليها السيد الحموى وقع التعبير فيها بالواو بدل أو من قوله أو لم يدر فلهذا قال الصواب العطف بأو (قوله وان رماه الاول الخ) يعنى ان ما تقدم كان الرامى الثانى غير الاول وهذا فيما رماه الاول ثانيا (قوله فى حكم الاباحة) أى لا فى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه حموى (قوله وما لا يؤكل) لاطلاق النص ولان صيده سبب الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع كما فى العينى (تتمة) يجوز ذبح الهرة والكلب لنفع ما وبالذكاة يطهر لحم غير نجس العين وجلده وقيل يطهر جلده لا لحمه وهذا أصح ما يفتى به تنوير وشرحه عن القنية والشرنبلالية

(كتاب الرهن)

ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة وانه أمر بصيغة الاخبار نقلا عن المفسرين معناه وان كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتبا فارتهنوا رهنا مقبوضة وثيقة بأموالكم والسنة ما روى انه عليه السلام رهن درعه عند ابى الشحم اليهودى بالمدينة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وعليه الاجماع ولانه وثيقة فى جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة فى جانب الوجوب وهى الكفالة كذا فى الاختيار والزيلعى وتقريره كما فى العناية ان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى فى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه (قوله فالرهن المرهون) فيه انه مناف لقول المصنف هو حبس شئ وغير متفرع على ما قبله حموى (قوله ورهن) أى بضمتين ظاهره انه جمع لرهن وبه صرح فى المغرب ونظيره سقف وسقف لكن فى الصحاح انه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا شاذا قال وقد يكون رهنا جمعا لرهان فيكون جمع الجمع انتهى وعلى الثانى اقتصر الاتقانى شلبى (قوله وهو فى اللغة جعل الشئ محبوسا الخ) قال تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أى محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصى وقال زهير

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

اى حبست قلبه يوم التوديع فانحبس قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه زيلعى يقال غلق الرهن غلقا أى استحقه المرتهن اذا لم يفتك فى الوقت المشروط وفى الحديث لا يغلق الرهن وفكاك الرهن بفتح الفاء وكسرها ما يفتك به شيخنا عن الصحاح والمختار (قوله ثم المناسبة الخ) فى الغاية المناسبة بينهما من حيث كونهما سببين لتحصيل المال شلبى (قوله فكذا الرهن لا يملك الا بالقبض) المراد ملك حبس المرهون الى وقت الفكاك لا ملك رقبة الرهن أو ملك رقبة الرهن فى حق الحبس فلا حاجة الى ما قيل الصواب لا يتم الا بالقبض حموى (قوله يمكن استيفاؤه منه) خرج به المدبر كما سيذكره الشارح لانه وان كان مالا لكن لا يمكن الاستيفاء منه بخلاف الخمر لان الاستيفاء منها يمكن امابتوكيل ذمى ببيعها أو بنفسه ان كان ذميا ومنه يعلم ما فى الدرر حيث قال هو حبس مال احترازا عن رهن الحر والمدبر والخمر ونحوها وكان المناسب اخراجها بالقيد الثانى وهو قوله بحق يمكن أخذه منه وأما الخمر فهو مال ويمكن الاستيفاء منه بتوكيل ذمى ببيعه أو بنفسه ان كان المرتهن والراهن من أهل الذمة كما فى الشرنبلالية وأراد بنحوها ام الولد والوقف (قوله كالدين) فلا يصح بالعين لانه لا يمكن استيفاؤه من الرهن الا المضمونة بنفسها كمغصوب ومهر وبدل خلع أو صلح عن دم عمد لان الموجب الاصلى فيها المثل أو القيمة وهو دين ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وعند البعض وان كان الموجب الاصلى رد

وان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم
الاباحة كالجواب فيما لو كان الرامى
غيره (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه
وما لا يؤكل)
(كتاب الرهن)
يقال رهن الرجل الشئ ورهنته
عنده وارتهنته لغة ورهنته ضيعتى
فارتهنها منى أى أخذها رهنا فالرهن
المرهون تسمية للمفعول بالمصدر
والجمع رهون ورهان ورهن
والرهين والرهينة الرهن أيضا
والتركيب دال على الثبات والدوام
وهو فى اللغة جعل الشئ محبوسا أى
شئ كان بأى سبب كان ثم المناسبة بين
الكتابين ان الصيد لا يملك الا
بالاخذ فكذا الرهن لا يملك الا
بالقبض وفى الشرع (هو حبس
شئ بحق يمكن استيفاؤه منه) أى
من الشئ المرهون (كالدين) حتى
لا يصح الرهن الا

العين ورد القيمة مخلص ولا يوجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب الوجوب فيصح ألا ترى ان الكفالة بالمغصوب تصح وان كانت الكفالة بالعين لا تصح بخلاف الاعيان الغير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها الا ترى ان الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة بأعيانها تبطل به ولولا ان الوجوب او شبهه لوجود سببه ثابت لبطلت والظاهر ان الكاف من قول الزيلعى بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع استقصائية لان صاحب النهاية قال وهي المبيع في يد البائع فانه مضمون بغيره وهو الثمن وقوله ألا ترى أن الحوالة الخ يجوز ان يكون توضيحا على كل من التخريجين كما في العناية أما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لا وجوب هناك للقيمة ولا سبب للوجوب انتهى واذا بطلت الحوالة على الوديعة بهلاكها عاد الدين الى المحل كما في النهاية (قوله بدين واجب) قيل ذكر واجب للتأكيد لان الوجوب لا ينفك عن الدين وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الثمن عن استحقاق المبيع لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه بخلاف الدين الموعود كما اذا رهن رجل رجلا ليقرضه ألف درهم فانه جائز اذ الظاهر ان الخلف لا يجرى في الوعد فكان مفضيا الى الوجود غالبا قال الاتقاني يجوز ان يكون احترازا عن الدراهم المتروج عليها بعينها فانها لا تتعين عندنا وانما يجب مثلها في الذمة فقد أخذ رهنا بما ليس بمضمون وأما بدل الكتابة ففي حاشية الحموى لا يصح الرهن به لان المضمون هو الذي لا يسقط الا بالاداء أو الابراء وبدل الكتابة ليس كذلك لسقوطه بتعجيز نفسه لكن ذكر الزيلعى في شرح قول المصنف وهو مضمون بالاقل الخ ما نصه وذكر قاضيخان وصاحب المبسوط اذا أخذ المولى ببدل الكتابة رهنا جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل به وذكر الطحاوى على قياس قول أبي يوسف ومحمد لا يجوز والصحيح الاول الخ (قوله ظاهرا او باطنا) ظاهر كلامه أنه لا خلاف في هذا وليس كذلك قال في البدائع ذكر محمد في الجامع ما يدل على الاكتفاء بكونه مضمونا في الظاهر فانه اذا ادعى على رجل ألف درهم قرضا فجحده المدعى عليه ثم انه صالح المدعى على خمسمائة واعطاه بها رهنا يساوى خمسمائة ثم تصادقا على ان لا شيء للمدعى ثم هلك في يده كان على المرتهن ان يرد عليه خمسمائة لان الدين كان ثابتا من حيث الظاهر فصح وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن شيئا لانه بالتصديق تبين ان الرهن حصل بما ليس بمضمون أصلا فلا يصح كذا ذكره الحموى وهذا يبتنى على ما في نسخته من عدم الزيادة على قوله ظاهرا او باطنا واما على ما في نسخة شيخنا بخطه من زيادة قوله او ظاهرا بعد قوله ظاهرا وباطنا فلا يرد ما ذكره (قوله او ظاهرا) كما اذا اشترى عبدا او خلا او شاة مذبوحة ورهن بالثمن وهو عشرة دراهم مثلا شيئا ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون أي ان هلك وقيمته عشرة دراهم أو اكثر فعلى المرتهن عشرة دراهم يؤديها الى الراهن الذي هو المشترى وان كانت قيمته أقل فعليه القيمة لانه رهنه بدين واجب ظاهرا كما في صدر الشريعة وذكر القدورى في شرحه ان الرهن في هذه الصورة اذا هلك هلك بغير شيء كما لو رهن بالحر أو الخمر ابتداء ونص محمد في المبسوط والجامع ان المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والمختار قول محمد كما في الاختيار (قوله فأما بدين معدوم فلا) كما اذا أخذ المشترى رهنا ممن ضمن له بالدرك قبله لكون الدين معدوما وقته بخلافه بعده لان الدين وجد الآن (قوله كالرهن بالحدود والقصاص) تمثيل لما لم يمكن استيفاؤه من المرهون لا للدين المعدوم

بدين واجب ظاهرا او باطنا أو ظاهرا
فأما بدين معدوم فلا كالرهن بالحدود
والقصاص

حموى

وكذالايجوزرهن المدبر (ولزم) الرهن (بايجاب) الراهن بان يقول رهنتك هذاالمال بدين لك على (وقبول) من المرتهن (و) يتم (بقبضه) حال كونه (محوزا) مقسوما فلايجوز رهن المشاع وقال مالك يلزم الرهن بالايجاب والقبول (مفرغا) عن ملك الراهن فلايجوزرهن دار فيهامتاع الراهن (مميزا) أى لم يكن الرهن متصلابغيره اتصال خلقة كمالورهن الثمردون الشجر على رأس الشجر أوعارضا كرهن الحنطة فى الجوالق دون الجوالق (والتخلية) بين الراهن والمرتهن (فيه) أى فى الرهن (وفى البيع قبض) مطلقا فى ظاهر الرواية

حموى (قوله وكذالايجوزرهن المدبر) لعدم امكان الاستيفاءمنه وان كان مالا اخلافالماقدمناه عن الدرر (قوله ولزم الخ) قال الزيلعى هذاسهوفان الرهن لايلزم بالايجاب والقبول كالصدقة لكن ينعقد بهما انتهى ومن ثم قال بعض الفضلاء صوابه و ينعقد بايجاب وقبول و يتم بقبضه و وقع فى بعض النسخ الصحيحة كماصوب قال العينى ولواعتمد يعنى الزيلعى على النسخة الصحيحة لمانسبه الى السهو وماقاله العينى انمايتم ان لوثبت ان نسخة المصنف كماذكره وانى يثبت كذاذكره الحموى واقول القرينة على ماذكره العينى قوله فى المتن و يتم بقبضه وقوله و يجوزله ان يرجع عنه مالم يقبضه (قوله بايجاب وقبول) اذهوعقد فلابدمن وجودشطريه وليس هذامايفيدكون القبول ركنافلاوجه للاعتراض بان الركن هوالايجاب وحده معللابان الرهن عقدتبرع فيتم به وحده كالهبة والصدقة شلبى عن قارى الهداية (قوله بان يقول الخ) لوقال كان يقول لكان اولى لمافى البدائع من ان لفظ الرهن ليس بشرط حتى لواشترى شيئابدراهم ودفع الى البائع ثوباوقال له امسك هذاالثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بمعنى العقدوالعبرة فى العقود للمعانى حموى وسيأتى التصريح به فى كلام المصنف فى باب مايجوز ارتهانه (قوله محوزا) من حازيحوز كجازيجوزاوحازيحيز كساريسيرعزمى عن المصباح (قوله مقسوما) فيه ان تفسيرالمحوزبالمقسوم مخالف للغة لان المحوزعنداللغويين بمعنى المجموع (قوله فلايجوز رهن المشاع) قال العلامة المقدسى كذافسرواوالانسب ان يفسرالمحوزبالمجموع احترازاعن رهن ثمر على شجر وزرع بأرض بدونهماو بقوله مفرغا أى عن ملك الراهن عن عكس ذلك و بقوله مميزاعن المشاع كذاذكره السيدالحموى وقال فى الدرر وهذه المعانى يعنى الاحترازبالمحوزعن هبة الثمرعلى الشجر وبالمفرغ عن عكسه وبالمميزعن المشاع هى المناسبة لهذه الالفاظ لاماقيل ان الاول احترازعن رهن المشاع والثالث عن رهن ثمرعلى شجردون الشجر وقوله فى الدرر لاماقيل الخ يعنى به صاحب الكافى وصاحب الكفاية وصدرالشريعة (قوله وقال مالك يلزم الرهن بالايجاب والقبول) كالبيع والاجارة والخلاف معه بناءعلى الخلاف فى الصدقة والهبة ولناقوله تعالى وان كنتم على سفرولم تجدوا كاتبافرهن مقبوضة والمصدرالمقرون بحرف الفاءفى جواب الشرط يرادبه الامر والامر بالشئ الموصوف يقتضى ان يكون ذلك الوصف شرطافيه اذالمشروع بصفة لايوجدبدون تلك الصفة زيلعى فيكون التقدير والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبافارهنواوارتهنواوفيه كلام للاكمل (تتمة) شرط الراهن الخيارلنفسه جازلانه لايملك الفسخ فيفيدالشرط ولايجوز للمرتهن لانه يمكنه الفسخ بغيرشرط فلايفيد شيخناعن الاختيار وفى العمادية قال المرتهن تركت حقى من حبس الرهن يبطل حموى (قوله فلايجوز رهن دارفيهامتاع الراهن) لكونها مشغولة (قوله كمالورهن الثمرعلى الشجر) فاذاقبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال زيلعى (قوله والتخلية فيه) يريدان حكمهاحكم القبض حتى لايصح الرجوع بعدهافى الرهن ولافى البيع شلبى (قوله وفى البيع) يعنى الصحيح كمافى المفتاح حموى (قوله قبض) أى فى حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم يأخذه فضاع ضمن المرتهن قال فى الدررفلاوجه لماقال الزيلعى بناء على ظاهرالمعنى اللغوى من ان الصواب ان التخلية تسليم لانه عبارةعن رفع الموانع من القبض وهوفعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم وهذافى الحقيقة يؤل الى ماأجاب به العينى من انه اذاكانت التخلية تسليمافمن ضرورته الحكم بالقبض سواءوجد القبض حقيقة أولافالشيخ ذكرالغاية التى يبتنى عليها الحكم لانه هوالمقصودبقى ان يقال ينبغى ان لايكتفى بالتخلية فى قبض الرهن اذالقبض منصوص فيه بخلاف البيع حتى استدلواعلى شرطية القبض فى الرهن بقوله تعالى فرهان مقبوضة والاصل ان المنصوص يراعى وجوده على أكمل الجهات والجواب كمافى الدرران المنصوص انمايراعى وجوده على أكمل الجهات اذانص عليه بالاستقلال واماذاذكر تبعاللمنصوص فلافان التراضى فى البيع منصوص عليه بقوله تعالى الاان تكون تجارةعن تراض منكم فلوصح ماقال المعترض لبطل بيع المكره ولم يفسد

وليس كذلك لكن قال المولى عزمى لا نسلم هذه الملازمة بل اللازم من صحة ما قال المعترض هو ثبوت صحة البيع بالرضا في الجملة على قياس التخلية في الرهن فانها قبض في الجملة كما في البيع والهبة انتهى (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الخ) وبه قال أحمد كما في العيني لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى والاول أصح والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فاشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة الى ثبوته بدون قبضه حقيقة زيلعى (قوله ويجوز له ان يرجع عن الرهن الخ) لانه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة عيني (قوله بمجرد الايجاب) لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة (قوله فشرط اللزوم) هذا قول شيخ الاسلام وهو ضعيف وخلاف الرواية والنص والصحيح ما سيأتي من انه شرط الجواز حموى عن البناية (قوله وهو مضمون الخ) يعنى ان ماليته مضمونة واما عينه فأمانة قال في الاختيار ويهلك على ملك الراهن لانه ملكه حقيقة وهو امانة في يد المرتهن حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لانه امانة فلا ينوب عن قبض الضمان واذا كان ملكه فمات كان كفنه عليه انتهى حموى (قوله بأقل من قيمته) وتعتبر القيمة يوم القبض لانه يومئذ دخل في ضمانه وان اختلفا في القيمة فالقول للمرتهن لانه ينكر الزيادة والبينة للراهن لانه يثبتها كذا في الاختيار وفي التنوير وشرحه والمعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك كما توهمه في الاشباه (قوله وقال مالك والشافعي الخ) مخالف لما في العيني حيث ذكر ان بقول الشافعي قال أحمد وأما مالك فيقول ان هلك بأمر ظاهر فهو في ضمان الراهن وان هلك بأمر خفى فهو في ضمان المرتهن (قوله هو امانة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن أي لا يضمن بالدين ولانه وثيقة بالدين كالصك فبهلاكه لا يسقط ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لمرتهن نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك والمراد من قوله عليه السلام لا يغلق الرهن الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكا كذا في الزيلعى وغيره لكن قال العيني الاحتجاج باجماع الصحابة أولى واسلم لان الحديث الذي احتج به أصحابنا له طرق فيها اسماعيل ابن أبي امية وسعيد بن راشد وهشام بن زياد وعبد الكريم واتفق الحفاظ على تكذيب هؤلاء كابن معين والنسائى وابن حبان وابن حاتم وابن عدى والدارقطنى والحاصل ان حكم الرهن عندنا صيرورته محتبسا بدينه باثبات الاستيفاء عليه وعند الشافعى تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين مسائل مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع ومنها ان حكم الرهن يسرى الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسرى ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه (تتمة) قال في الفائق يقال غلق الرهن اذا بقى في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه وكان من أفاعيل الجاهلية ان الراهن اذا لم يرد ما عليه في الوقت الموقت ملك المرتهن الرهن شلبى عن الغاية وقال قبله لا يغلق من باب علم (قوله فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه) لان الرهن للاستيثاق فاذا صار مضمونا وسقط الدين بهلاكه فات معنى التوثق ولنا انه محبوس للدين ومقبوض لاجله فلو كان الدين مقبوضا كان مضمونا لان الدائن اذا أخذ ما على المدين من الدراهم يجب عليه رد مثل ما أخذ فيتقاصان هذا هو الطريق في قبض الديون فاذا كان قبض الدين مضمونا يلحق به ما هو مقبوض لاجله كما جعل المقبوض على سوم الشراء كالمقبوض بعد البيع دفعا للضرر عن مالك العين ابن فرشته (قوله وقال زفر الخ) لان الزيادة على الدين مرهونة فتكون مضمونة ولنا ان يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفى كالاستيفاء الحقيقى بأن اوفاه دراهم في كيس أكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان زيلعى (قوله لكان احسن) يعنى من التنكير لانه مع التعريف لا يتوهم كون من تفضيلية بخلافه مع التنكير وكونها تفضيلية مشكل لانه ان اريد انه مضمون بأقل من المجموع او بأقل من

قوله قوله ويجوز الخ حق هذه القولة التأخير عن القولتين بعدها

وعن أبي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل ثم اعلم انهم قالوا الركن مجرد الايجاب واختلفوا في القبول والظاهر من المحيط والمنتقى انه ركن حتى قال بعضهم انه شرط لا يحنث من حلف لا يرهن بدون القبول وأما القبض فشرط اللزوم وقال بعض أصحابنا هو شرط الجواز (و) يجوز (له) أي للراهن (ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه) المرتهن خلافا لمالك (وهو) أي المرهون (مضمون) بعد القبض (بالاقل من قيمته ومن الدين) وقال مالك والشافعي هو أمانة فلا يسقط شيء من الدين بهلاكه وقال زفر مضمون بقيمته يوم الرهن ولو قال وهو مضمون بالاقل لكان أحسن واظهر

أحدهما بان كان الواو بمعنى او فهذا شئ غير مفيد بل المراد انه مضمون بما هو أقل من الآخر وبهذا يتضح سقوط قول من ادعى كون التنكير خطأ حموى وقوله مع التعريف لا يتوهم الخ وجهه كما فى الشرنبلالية ان من التفضيلية لا تجامع اللام وفى غاية البيان افعل التفضيل اذا استعمل بمن لزمه التنكير واذا فارقه لزمه التعريف تقول زيد الافضل أو زيد أفضل من عمرو ولا يجوز زيد أفضل ولا زيد الافضل من عمرو (قوله لان من ليست تفضيلية) اذ يلزم على التفضيل ان الاقل غير القيمة والدين لوجوب المغايرة بين المفضل والمفضل عليه وذلك فاسد حموى (قوله بل لبيان الاقل) أى الاقل الذى هو القيمة تارة والدين اخرى واعتبر هذا بقولك مررت باعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو قلت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم أحدهما كذا قيل وفيه نظر لان اعتبار التنكير هنا به فى قولك مررت باعلم الخ يقتضى كونه خطأ وحينئذ فلا يلائم ماذكره الشارح من ان التعريف أحسن واظهر معللا بأن من ليست تفضيلية بل لبيان الاقل ولهذا قال الحموى وبهذا يتضح سقوط قول من ادعى كون التنكير خطأ معتبرا هنا بقولك مررت بأعلم من زيد وعمرو وحيث يكون الاعلم غيرهما بخلافه مع التعريف لان كونه خطأ مبنى على ان من تفضيلية وليس كذلك انتهى ومحصل ما استفيد من كلام الحموى والشارح ان التنكير هنا لا يصح ان يعتبر به هناك لما علم من ان من هنا بيانية لا تفضيلية بخلافها فى قولك مررت باعلم من زيد الخ وحيث ظهر الفرق بينهما فكيف يعتبر أحدهما بالآخر (قوله فلو هلك المرهون الخ) اطلقه فعم ما لو كان الهلاك بعد ان احال الراهن المرتهن بالدين وقبل الحوالة وبه صرح فى الخانية ونصها رجل له على رجل ألف وبها رهن عنده فأحال الراهن المرتهن بالمال على رجل فقبل الحوالة وابرأه منه ولم يرد الرهن ولم يمنع حتى هلك الرهن عنده فانه يهلك بالدين وتبطل الحوالة انتهى وكذا يكون مضمونا بالدين اذا هلك بعدما اوفاه الدين قبل تسليمه لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده زيلعى ونهاية (قوله فالفضل امانة) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وهو بقدر الدين ولا فرق بين ثبوت الهلاك ببينة او بقول المرتهن مع يمينه ويكون فى الصورتين مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين كما فى الشرنبلالية وقوله فى الدرر يعنى اذا ادعى المرتهن هلاك الرهن ضمن ان لم يقم البينة عليه أى ضمن الاقل من قيمته ومن الدين وكلمة ان وصلية كما ذكره الوانى (قوله ويحبسه به) اعلم ان الحبس مغيى باحد أمرين اما القضاء او الابراء ولهذا قال فى الدرر وله حبس رهنه بعد الفسخ حتى يقبض دينه او يبرئه لان الرهن لا يبطل بمجرد الفسخ بل برده على الراهن بطريق الفسخ فانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين معا اما لو بقى القبض دون الدين او على العكس لا يبقى مضمونا لان كون الرهن مضمونا انما يثبت بعلة ذات وصفين وهما القبض والدين فلا يبقى مضمونا بأحدهما كما فى العزمية وقوله اما لو بقى القبض دون الدين بأن ابرأه لانه بالابراء عن الدين ينعدم أحد المعنيين وهو الدين فلا يكون مضمونا بالهلاك من غير ان يمنعه استحسانا لانه لم يبق رهنا (قوله لبقاء حقه بعد الرهن) لان الرهن لا يسقط طلب الدين درر (قوله باحضار رهنه) ليعلم انه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدى الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين فكذا لاستيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع لانه لا فائدة فى احضاره مع اقراره ببقائه زيلعى ونقل القهستانى عن الذخيرة انه لو لم يقدر على احضاره أصلا مع قيامه لم يؤمر به يعنى وان ادعى المرتهن هلاكه (قوله باداء دينه اولا) ليتعين حق المرتهن فى الدين كما تعين حق الراهن فى الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم سلم المشترى الثمن اولا لما ذكرنا زيلعى (قوله ولا حمل له ولا مؤنة) اما البائع فيكلف احضار المبيع للمطالبة بالثمن مطلقا وان كان له حمل ومؤنة بخلاف الرهن الا ان فى البيع يؤخذ من المشترى كفيل حتى يحضر ذلك المصر او يبعث وكيلا ليدفع الثمن ويأخذ المبيع خانية (قوله

لان من ليست تفضيلية بل لبيان الاقل (فلو هلك) المرهون (وقيمته مثل دينه) أى دين المرتهن (صار مستوفيا دينه) حكما (وان كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة) فلا يضمنها (وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت أقل من دينه صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن) على الراهن (بالفضل) بيانه انه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه فان كانت قيمته خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل أمانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن على المرتهن بخمسة (وله) أى يجوز للمرتهن (ان يطالب الراهن) أى وقت شاء بدينه (ويحبسه به) لبقاء حقه بعد الرهن (و) اذا طالب المرتهن الراهن بالدين (يؤمر المرتهن باحضار رهنه و) اذا أحضره يؤمر (الراهن باداء دينه اولا) ثم يؤمر المرتهن بتسليم الرهن هذا اذا كان الدين حالا أما اذا كان مؤجلا فطالبه عند حلول الاجل وكذا ان طالبه بالدين فى غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة يؤمر باحضاره وان كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه

ولا يكلف المرتهن الخ) لانه نقل والواجب عليه التسليم ولو بالتخلية دون النقل ولكن للراهن ان يحلفه بالله ما هلك ولا يكلف احضار رهن وضع عند عدل بأمر الراهن ولا احضار ثمن رهن باعه المرتهن بأمره حتى يقبضه بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله زيلعى ولو أمر العدل ببيعه كان له بيعه بالنقد وبالنسيئة فى ظاهر الرواية فان باعه نسيئة ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكون للراهن ان يمتنع عن قضاء الدين قبل احضار الثمن خانية (قوله حتى يقبضه) فلو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع عينى (قوله سلم الرهن) لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه عينى فلو هلك قبل التسليم استرد ما قضاه كما قدمناه (قوله ولا ينتفع المرتهن الخ) كذا الراهن لا ينتفع الا باذن المرتهن كما فى الدرر وقال فى العزمية اما كون حكم المرتهن ذلك فمذكور فى عامة المتون واما كون حكم الراهن ذلك فمأخوذ من المجمع ونسبه فى غاية البيان الى الاقطع حيث قال قال أصحابنا لا يجوز للراهن استيفاء منافع الرهن الا باذن المرتهن وكذلك التصرف فيه خلافا للشافعى الا فى وطء الجارية ولبس الثوب (قوله الا باذنه) لان المالك رضى بحبسه لا بانتفاعه فاذا استعمله بوجه كان غاصبا ويضمن قيمته بالغة ما بلغت وان كان باذن الراهن فلا ضمان لان الحجر لحقه وقد رضى به وليس للمرتهن بيع الرهن فى دينه الا اذا سلطه على بيعه وليس له الاجارة والاعارة فان فعل فسخ ورد الى يد المرتهن رهنا لانه عقد فاسد فاذا لم يجزه المالك فسخ وزال فعاد الرهن بحاله كما فى البناية وفى الخانية اجره بغير اذن الراهن فالاجر للمرتهن يتصدق به وللمرتهن ان يعيدها فى الرهن ولو بأمره يخرج من الرهن والاجر للراهن ولو استأجره المرتهن صح وبطل الرهن وفى عكسه عكسه أى لا تصح الاجارة ولا يبطل الرهن فللمرتهن ان يعيدها حموى قال ولو أجرها اجنبى فأجاز الراهن او المرتهن فحكمه يعلم مما ذكر كذا فى الرمز ونقل عن انقروية مانصه رجل رهن مصحفا وأمره بالقراءة فيه فان قرأ فيه صار عارية وبطل الرهن حتى لو هلك فى تلك الحالة لم يهلك بالدين فان فرغ منه صار رهنا ولو هلك يهلك بالدين لان حكم الرهن هو الحبس فاذا استعمل باذنه فقد تغير حكمه فبطل الرهن وصار عارية فاذا امتنع من الانتفاع عاد رهنا واعلم ان اطلاق قوله الا باذنه شامل لما اذا كان بالشرط وقيل اذا شرطه كان ربا والا فلا وفى الدرعن الاشباه والجواهر اباح الراهن للمرتهن أكل الثمار وسكنى الدار ولبن الشاة المرهونة فأكلها لم يضمن وله منعه وأفاد القهستانى ان فى كراهة انتفاع المرتهن باذن الراهن اختلافا وفى الخانية من حكم الوديعة والرهن ان يخرج عن الضمان اذا عاد الى الوفاق بخلاف الاجارة والاعارة ففيهما لا يخرج عن الضمان بترك الاستعمال ومثله فى التجنيس وهو مخالف لما فى العمادية حيث قال وكذا المرتهن والمستأجر والمستعير اذا خالف ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ كذا فى شرح الشهاب الشلبى (قوله متعلق بالجميع) جعله السمرقندى متعلقا بولده وخادمه حموى وكلام الزيلعى يشير الى ماذكره السمرقندى وهو الظاهر اذ جعله متعلقا بما قبل الولد لا يستقيم (قوله الذى اجر نفسه مسانهة الخ) لانه اجير خاص (قوله كذا فى شرح السيد للهداية) يعنى السيد جلال الدين (قوله وضمن بحفظه بغيرهم) جميع قيمته كالمغصوب ثم ان قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذه بدينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى ان يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه كذا فى الزيلعى واعلم ان الدراهم والدنانير هنا جنسان مختلفان كما يستفاد من شرح الحموى وقول الزيلعى كالمغصوب أى مثل ضمان المغصوب فهو يشير الى ماذكره شيخنا عن القهستانى مرانه لا يضمن ما زاد بل عليه قيمته يوم القبض فى القيمى والمثلى فى المثلى الا اذا انقطع فقيمته يوم الخصومة انتهى (قوله فى خنصره) واليمنى واليسرى فى ذلك سواء (قوله ولو جعله فى بقية الاصابع الخ) اذ لا يلبس فيها عادة الا المرأة ولو وضع طيلسانا على

ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن (وان كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه) أى لا يجب على المرتهن ان يمكن الراهن (من البيع حتى يقضيه) أى الراهن (الدين فاذا قضى) الراهن (سلم المرتهن (الرهن ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما) أى من جهة الاستخدام فى العبد (وسكنى) فى الدار (ولبسا) فى الثوب (واجارة واعارة) فى الدار والعبد والثوب والدابة الا باذنه (ويحفظه) المرتهن (بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) قوله الذى فى عياله متعلق بالجميع والمراد بالولد الكبير وبالخادم الحر الذى أجر نفسه مسانهة أو مشاهرة لا مياومة ثم ذكروا ان العبرة فى هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة الا ترى ان المرأة اذا اودعت وديعة فدفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج فى نفقتها الا انهما يسكنان معا ألا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن فى نفقته فخرج المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن الكبير فانه لا يضمن فعلم ان العبرة لما قلنا كذا فى شرح السيد للهداية (وضمن) المرتهن (بحفظه) أى الرهن (بغيرهم) (و) ضمن (بايداعه وتعديه قيمته) وهل يضمن الثانى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن وعندهما يضمن ولو رهن خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن لانه لبس واستعمال ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا

عاتقه لا يضمن وبالمعتاد يضمن كتقلد سيفين لكونه معتادا بين الشجعان بخلاف الثلاثة كذا في الزيلعي والشجعان بكسر الشين وضمها كذا بخط شيخنا عن حميد الدين الضرير بقي ان يقال ظاهر كلامه كالدرر وجوب الضمان بتقليد سيفين مطلقا وهو مخالف لما في الشرنبلالية عن قاضيخان حيث قال وفي السيفين يضمن اذا كان المرتهن يتقلد بسيفين لانه استعمال فلم يعلل بعادة الشجعان بل نظر الى حال المرتهن كما في لبس الخاتم فوق الخاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن والا فلا (قوله واجرة بيت حفظه الخ) والاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن نفسه فعلى الراهن لانه ملكه وما كان لحفظه فعلى المرتهن لان حبسه له ولو اشترط شئ منه على الراهن لم يلزم درعن القهستاني (قوله على المرتهن في الروايات المشهورة) وان كان قيمة الرهن أكثر من الدين لان وجوبه بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له واما مؤنة رده أورد جزء منه الى يده فتنقسم على المضمون والامانة كما يجئ كذا بخط شيخنا (قوله فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة) فالحاصل ان ما يرجع الى بقائه فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أولا لان العين بقيت على ملكه وكذا منافعه مملوكة له وما يرجع الى حفظه فهو على المرتهن اما خاصة او بالتقسيم وما وجب على أحدهما فأداه الآخر كان متبرعا لانه قضى دين غيره بغير امره الا ان يأمره القاضي لان له ولاية عامة كما في الدرر ولا بد من ان يجعله القاضي دينا عليه وبمجرد أمر القاضي لا يرجع كما في الزيلعي فان قلت ما الفرق بين هذا و بين صاحب العلو اذا بنى السفل فانه يرجع وان لم يأمره القاضي بالبناء قلت لان صاحب العلو مضطر في بناء علوه لانه لو رفع الامر الى القاضي لا يجبر صاحب السفل على البناء اذا انهدم بنفسه فلم يكن لصاحب العلو في اصلاح حقه طريق سوى البناء بخلاف ما نحن فيه فان الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن بالانفاق غير مضطر لانه اذا رفع الامر الى القاضي فالقاضي يأمر الراهن بالانفاق واما اذا كان غائبا يأمر المرتهن بالانفاق عليه كذا في النهاية والظاهر ان الرجوع عليه وان لم يأمره القاضي بالبناء محمول على ما اذا طالبه صاحب العلو ببناء السفل فامتنع (قوله لان العشر متعلق بالعين) ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه حتى كان له ان يخرج بدل العشر من مال آخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع حيث يبطل الرهن في الباقي كما في الزيلعي وصورة المسئلة ارتهن أرضا عشرية مع زرع فيها

(باب ما يجوز ارتهانه ومالا يجوز)

لما ذكر مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه ومالا يجوز لان التفصيل يكون بعد الاجمال وقدم مسائل مالا يجوز على طريق اللف والنشر الغير المرتب حموي (قوله سواء كان الشيوع طارئا ولا) وسواء كان رهن المشاع من شريكه أوغيره وجوز أبو حنيفة اجارة المشاع من الشريك لان المانع من الرهن عدم استدامة القبض وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك لان المرتهن يمسكه يوما رهنا ويوما يستخدمه فلم يكن رهنا والمانع من الاجارة ان المستأجر لا يتمكن من استيفاء ما اقتضاه العقد الا بالمهايأة وهذا المعنى لا يوجد في الشريك واعلم انهم اختلفوا في رهن المشاع فقيل باطل واختاره الكرخي وقال بعضهم فاسد كذا ذكره الحموي وفي الشرنبلالية عن النهاية والذخيرة والمغني قال انه فاسد لا باطل والمقبوض بحكم الرهن الفاسد يتعلق به الضمان وهو الصحيح والمقبوض بحكم الرهن الباطل لا يتعلق به الضمان أصلا لان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون مالا والمقابل به يكون مضمونا وهو شرط جواز الرهن ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن ولكن بصفة الفساد وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا والحيلة في جواز رهن المشاع ما في الدر عن منية المفتي أراد رهن نصف داره

(وأجرة بيت حفظه او) أجرة (حافظه على المرتهن) في الروايات المشهورة وعن أبي يوسف ان كراء المأوى على الراهن (وأجرة راعيه ونفقة الرهن) بان كان دابة أو عبدا (والخراج على الراهن) فقط والعشر فيما يخرج بأخذه الامام لان العشر متعلق بالعين فيكون مقدما على حق المرتهن قوله وعلى الراهن متعلق بالجميع وعلى الراهن كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الراهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وعلى المرتهن جعل الآبق اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم بقدر الامانة والضمان

(باب ما يجوز ارتهانه) أى أخذه رهنا والارتهان به أى أخذ الرهن بذلك الشئ (ومالا يجوز) منهما (لا يصح رهن المشاع) فيما يقسم وفيما لا يقسم مطلقا سواء كان الشيوع طارئا أولا

مشاعا بان يبيع نصفها من طالب الرهن و يقبض منه الثمن على ان المشترى بالخيار و يقبض الدار ثم ينقض
البيع بحكم الخيار فيبقى فى يده بمنزلة الرهن بالثمن (قوله وقال الشافعى يجوز رهن المشاع) لان موجبه
عنده استحقاق بيعه وتعيينه له (قوله وعن أبى يوسف ان الشيوع الخ) لان البقاء أسهل من الابتداء
فأشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفى مثله يستوى فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية فى باب
النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع فى الابتداء لنفى الغرامة اى غرامة
القسمة فيما يقسم ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الموهوب ولا يصح
الفسخ فى بعض المرهون كذا فى الزيلعى ومنه يعلم الجواب عن قول الشارح ولقائل ان يقول الخ (قوله
لان ما يرجع الى المحل الخ) فان قلت لو زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل النكاح بموت الاب
ولو تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا ان المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة واذا
تزوجت مكاتبها ابتداء انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه لا يجوز شلبى
عن المعراج (قوله هذا منقوض الخ) أى التعليل بأن ما يرجع الى المحل يستوى فيه البقاء والابتداء
ينتقض بما اتفقوا عليه من ان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بخلاف الاصلى مع ان الشيوع فى الهبة
أصليا كان أو طارئا راجع الى المحل مع انه لم يستو فيه حالة البقاء والابتداء فهو انتصار للمروى عن أبى
يوسف حيث جوز الرهن مع الشيوع الطارئ قياسا على الهبة وجوابه ما سبق عن الزيلعى وأجاب السيد
الحموى بأن هذا لا يرد نقضا الا لو كانت قواعد الفقه كلية (قوله والمسئلة فى الهداية) يعنى ماذكر من ان
الشيوع الطارئ فى الهبة لا يفسدها الا ماذكر من قوله ولقائل ان يقول الخ (قوله ونخل فى ارض دونها)
أى دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى المشاع كذا فى الدرر وليس
المراد جميع الارض كما فى الشرنبلالية بل قدر موضع الشجر لقول الزيلعى أما لو رهن النخيل بمواضعها جاز
ولا يمنع الصحة مجاورة ما ليس برهن (قوله وكذا لو رهن الارض دون النخيل) وجه عدم الجواز أن الرهن
مشغول بما ليس برهن فصار كرهن الارض التى فيها متاع الراهن وكذا لو رهن الارض دون البناء لا يصح
لان الرهن مشغول بالبناء وحيلة رهن دار بها متاع الراهن ان يودع ما فيها أولا ثم يسلم ما رهن ولو استحق
بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء رهنه وحده بأن كان معينا لا مشاعا جاز حموى عن الخانية (قوله
دون النخل أو دون الزرع) بأن نص على عدم رهن المنفى أما لو رهن الارض وسكت عن النخيل
ونحوه يكون ذلك رهنا تبعا لاتصاله شرنبلالية عن التبيين (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة ان
رهن الارض بدون الاشجار يصح) لان النخل عبارة عن البدن مع مكانه والشجر عبارة عن الخشب
بموضعه الا ترى انه فى غير موضعه جذع وليس بنخل فكأنه استثنى النخل بمكانه من الارض فيصير
رهنا لما سواه وذلك جائز وليس كذلك اذا استثنى البناء لان البناء عبارة عن الانقاض دون مكانها
فيدخل مكانها فى الرهن وهو مشغول بها فلا يصح وأما اذا رهن الارض واستثنى النخيل بمواضعه
جاز فى قولهم جميعا لانه رهن ما سواه وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل فيصح فيها الرهن حموى
عن البناية والهداية (قوله والحر والمدبر الخ) وكذا الوقف والخمر ولا يضمن الخمر للمسلم مرتهنها الذمى
لانها ليست بمال فى حق المسلم وفى عكسه وهو ان يكون الراهن لها ذميا والمرتهن مسلما الضمان كما اذا
غصبها منه لانها مال للذمى واذا لم يصح الرهن فى هذه الاشياء فللراهن ان يأخذ المرهون من المرتهن
ولو هلك فى يده قبل طلب الراهن هلك بلاشئ لانه لا حكم للباطل فبقى القبض باذن المالك درر وصدر
الشريعة (قوله ولا يصح بالامانة) لان قبض الرهن مضمون فلا بد من ضمان المرهون به ليقع القبض
مضمونا زيلعى (قوله وبالدرك) بخلاف الكفالة به فانها جائزة والفرق انه شرع للاستيفاء ولا استيفاء
الا فى الواجب فلا يحتمل الاضافة والتعليق واما الكفالة فتشبه بالالتزام بغير عوض وذلك يحتملهما
كالتزام الصوم والصلاة عينى (قوله حتى لا يملك حبس الرهن) وقع الاستحقاق أو لم يقع كذا بخط

شيخنا

وقال الشافعى يجوز رهن المشاع
والشيوع الطارئ بان رهن جميع
العين ثم تفاسخا العقد فى النصف
ورده المرتهن وعن أبى يوسف ان
الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم الرهن
والاول هو الصحيح لان ما يرجع
الى المحل يستوى فيه البقاء والابتداء
ولقائل ان يقول هذا منقوض بما
اذا وهب شيئا مما يقسم ثم رجع فى
البعض الشائع لا تبطل الهبة مع ان
الشيوع فى الابتداء فيما يقسم مانع
والمسئلة فى الهداية (و) لا يصح رهن
الثمرة على النخيل دونها) أى دون
النخيل (وزرع الارض دونها و)
لا يصح رهن (نخل فى أرض دونها)
وكذا لو رهن الارض دون النخيل أو دون
الزرع او النخيل دون الثمر لم يجز وروى
الحسن عن أبى حنيفة ان رهن الارض
بدون الاشجار يصح (والحر والمدبر
والمكاتب وأم الولد ولا) يصح
(بالامانة) كالودائع والعوارى
والمضاربات ومال الشركة (وبالدرك)
صورته رجل باع شيئا وسلم الى المشترى
وقبض ثمنه فخاف المشترى الاستحقاق
فأخذ من البائع رهنا بالثمن قبل
الدرك فانه باطل حتى لا يملك حبس
الرهن

شيخنا (قوله وان هلك الرهن عنده كان امانة) لانه لاعقد حيث وقع باطلا كذا بخط شيخنا وهو محمول على ما اذا هلك قبل الطلب (قوله لان المبيع ليس بمضمون) لكنه يشبه المضمون من حيث سقوط الثمن بهلاكه ولهذا سموه بالعين المضمونة بغيرها كذا ذكره بعضهم معزيا للدرر وأقول ما ذكره الشارح من ان المبيع ليس بمضمون و جرى عليه فى الدرر وغيرها كالزيلعى يبتنى على ان الرهن بالمبيع باطل وبه صرح عزمى زاده عن الكفاية لكن نقل شيخنا عن الاختيار انه صرح بفساده وانه مضمون بالاقل من قيمته ومن قيمة العين نقله عن نص محمد فى المبسوط والجامع ثم قال والمختار قول محمد وجعل عدم ضمان الرهن بالمبيع قولا للقدورى فى شرحه انتهى وكذا القهستانى بالعزو الى الكرمانى ذكر ان الرهن بالمبيع مضمون بالاقل من قيمته ومن قيمة العين لان الفاسد ملحق بالصحيح فى الاحكام قال وبه أخذ الفقيه أبو سعيد البردعى وأبو الليث وعليه الفتوى كما فى الكبرى وغيره على ان القهستانى عزا للمبسوط جواز الرهن بالمبيع واليه يشير ما ذكره فى مختصر الخانية حيث قال وذكر الفقيه أبو الليث اذا اشترى الرجل سيفا واتخذ من البائع رهنا فهلك عنده كان عليه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة السيف انتهى (قوله ولو كان موعودا) لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة احتيالا للجواز اذ لا يعطيه قبل قبض الرهن فان قيل فليجعل المعدوم فى الدرك موجود اللاشتراك فى الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل كالموجود اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان العاقل لا يقدم على بيع مال غيره عناية (قوله لتقرضنى ألف درهم الخ) وان لم يسم قدره بأن رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن فى يده يعطى المرتهن للراهن ما شاء لانه صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه كما لو أقر بذلك زيلعى قال محمد وان استحسن أقل من درهم شرنبلالية عن الذخيرة وفى الاختيار عن أبى يوسف عليه قيمة الرهن اكن فى الدر ولو رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك فى يده هل يضمن خلاف والاصح انه غير مضمون كما فى المقبوض على سوم الرهن (قوله حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن بعد الهلاك الخ) فلو لم يهلك ودفع اليه بعض الالف وامتنع من دفع الباقى لا جبر در عن الاشباه (قوله وبرأس مال السلم الخ) لان المجانسة ثابتة من حيث المالية والمضمون من الرهن ماليته لا عينه فيتحقق الاستيفاء من حيث المال فصار كسائر الديون عينى فان قلت لم ذكر قوله برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه مع انها داخلة تحت قوله وانما يصح بدين قلت لعله انما افردها بالذكر ليترتب عليه قوله فان هلك الخ حموى (قوله فى مجلس العقد) يشير به الى ان كلام المصنف لا يصح على اطلاقه بل بالنسبة للرهن برأس مال السلم وثمن الصرف فان العقد يبطل فيهما بهلاك الرهن بعد الافتراق و يتم بهلاكه فى المجلس بخلاف الرهن بالمسلم فيه ولعل المصنف انما اطلق اعتمادا على ما قدمه فى البيوع والصرف من ان قبض رأس المال فى السلم والعوضين فى الصرف قبل الافتراق شرط حموى (قوله تم السلم والصرف) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية فلا يكون مستوفيا غير رأس المال فيهما عينى (قوله وصار المرتهن مستوفيا الخ) اعلم ان الضمير فى قول المصنف صار مستوفيا يرجع للمرتهن وهو المسلم اليه فيما اذا كان برأس مال السلم واحد عاقدى الصرف فيما اذا كان بثمن الصرف ورب المال فيما اذا كان بالمسلم فيه حموى (قوله بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض أى قبض المسلم اليه رأس المال من رب السلم والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره فيلزم رب السلم ان يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه و يأخذ رأس المال كذا فى الزيلعى بقليل زيادة

واذا هلك الرهن عنده كان أمانة حتى يدفع جميع الثمن عند استحقاق المبيع (و) لا (بالمبيع) أى اذا باع شيئا ولم يقبض المشترى المبيع وأخذ المشترى من البائع رهنا بالمبيع لا يصح لان المبيع ليس بمضمون حتى اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكنه يسقط الثمن وهو حق البائع (وانما يصح) الرهن (بدين ولو كان (موعودا) وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وقبض الرهن فان هلك فى يد المرتهن قبل ان يقرضه ألفا فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب عليه تسليم الالف الى الراهن بعد الهلاك اذا كان الموعود مساويا لقيمة الرهن او أقل منه وأما اذا كان الدين الموعود أكثر من قيمته يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن كذا فى شرح السيد (و) انما يصح الرهن (برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه فان هلك) الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه فى مجلس العقد تم السلم والصرف و(صار) المرتهن (مستوفيا) لرأس مال السلم وثمن الصرف وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا

لشيخنا بخطه فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم رد الطعام أى رد مثله أجيب بأنا لا نسلم ان مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بالتقدير بها تيسيرا فلا يقتضى الحجر عن التقدير بغيرها ولما جعل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقدير المالية الرهن بالطعام تحقيقا لغرضهما وكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه من جنس ماله حتى يلتقيا قصاصا عناية (قوله وفى الثالثة) هى ما لو كان الرهن بالمسلم فيه وقوله متى هلك الرهن الخ أى سواء كان الهلاك قبل الافتراق او بعده لان القبض فيه قبل الافتراق ليس بشرط بخلاف ما لو وقع الرهن برأس مال السلم أو ثمن الصرف وكان الهلاك بعد الافتراق حيث يبطل كل منهما لفوات القبض حقيقة وحكما وهو شرط فيهما (قوله صار المرتهن مستوفيا للمسلم فيه) ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للمسلم فيه اذا كان فى الرهن وفاء به اما اذا كان الرهن اقل منه فلا الا ترى الى ما قال فى باب السلم من شرح العلامة الطحاوى فان هلك الرهن فى يده صار مستوفيا للمسلم فيه وفى الزيادة يكون امينا وان كانت قيمته اقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقى حموى وشلبى (قوله ولزفر روايتان فيه) أى فى المذكور من صحة الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه كذا ذكره الحموى وتبعه بعضهم وأقول فيه نظر لان الرهن بالمسلم فيه صحيح بالاتفاق لا خلاف لزفر فيه كما يفهم من كلامه ولهذا قال العينى وقال زفر لا يجوز بناء على ان ذلك استبدال فانه اذا هلك فى مجلس العقد صار المرتهن مستوفيا واستيفاء غير رأس المال فيهما لا يصح وعلل الزيلعى خلاف زفر بأن حكم الرهن الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام فى بدل الصرف والسلم وهو صريح فيما قلنا واعلم ان جواب زفر يمنع لزوم الاستبدال بثمن الصرف ورأس مال السلم بناء على ما قدمناه من ثبوت المجانسة من حيث المالية اذ المضمون من الرهن ماليته لا عينه (قوله وللاب ان يرهن الخ) لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة وللاب ان يرهن ماله عند ولده الصغير بدين له عليه وكذا عكسه بخلاف الوصى والفرق كما فى الزيلعى ان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين فى بيعه مال الصغير من نفسه وان كان الاصل ان الواحد لا يتولى طرفى العقد بخلاف الوصى فانه لقصور شفقته لا يعدل به عن الحقيقة (قوله والوصى بمنزلة الاب) فلو بلغ الطفل لم يكن له استرداد الرهن حتى يقضى الدين شلبى (قوله لا يجوز ذلك منهما) وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما ولا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان كما فى الهداية ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله فى الحال وفى الرهن نصب حافظ لمال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا (قوله ويصير الاب والوصى موفيا) اى كل منهما وفى بعض النسخ مستوفيا وهو خلاف الصواب حموى (قوله وفى الامالى) بالقصر وفى بعض النسخ اللآلى كذا بخط شيخنا (قوله يضمن الاب بقدر الدين والوصى بقدر القيمة) لان للاب ان ينتفع بمال الصبى ولا كذلك الوصى لكن ذكر الزيلعى عن النهاية معزيا للذخيرة والمغنى التسوية بينهما فى الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه امانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع (قوله وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) لامكان الاستيفاء منها (قوله فاذا رهنت هذه الاشياء بجنسها الخ) ولو بخلاف جنسها فهلكت هلكت بقيمتها كسائر الاموال وهو ظاهر (قوله هلكت بمثلها من الدين) أى بمثلها وزنا أو كيلا لا قيمة خلافا لهما ثم ان تساويا أى الدين والرهن فظاهر وان الدين ازيد فالزائد فى ذمة الراهن وان الرهن ازيد فالزائد امانة درعن الدرر وصدر الشريعة (قوله مطلقا) أى سواء كانت قيمته كوزنه أولا حموى (قوله ولا عبرة بالجودة) لان الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما فى الوصايا والتصرف فى أموال الصغار وعند الانكسار فيما

وفى الثالثة متى هلك الرهن صار
المرتهن مستوفيا للمسلم فيه ولزفر
روايتان فيه (و) يجوز (للاب
ان يرهن بدين عليه عبدا لطفله)
والوصى بمنزلة الاب فى هذا وعند ابى
يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما
وهو القياس وفى الولد الكبير لا يصح
الا باذنه فاذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه اذا هلك عنده ويصير
الاب والوصى موفيا ويضمنان للصبى
قيمة الرهن اذا كانت القيمة مثل
الدين فاذا كانت القيمة اكثر من
الدين يضمنان مقدار الدين لا الزيادة
وفى الامالى اذا كانت قيمة الرهن اكثر
من الدين يضمن الاب بقدر الدين
والوصى بقدر القيمة كذا فى شرح
السيد نقلا عن الامام التمرتاشى
(وصح رهن الحجرين والمكيل
والموزون فاذا رهنت) هذه الاشياء
(بجنسها هلكت بمثلها من الدين)
مطلقا (ولا عبرة بالجودة) بيانه اذا
رهن الراهن فضة وزنه عشرة بعشرة
وهلك

اذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه امانة و يملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج من ان يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن افتك المنكسر بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين لانه جاهلي كما في الزيلعي واذا انكسر المغصوب فللمالك تضمينه من خلاف الجنس فان أخذه مكسور الاشئ له كما في العناية (قوله فان كانت قيمته مثل وزنه عشرة سقط الدين بالاتفاق) كان الاولى زيادة قوله او اكثر كما في الهداية معزيا للجامع الصغير ونصه فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او أكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا انتهى وقوله فهو بما فيه أى هالك بما فيه من الدين واعلم ان ما وقع في الهداية حيث جعل الجواب فيما اذا كانت قيمته مثل وزنه او أكثر على الاتفاق مخالف لما في التبيين حيث قال وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته او كثرت وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه او أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه وتجعل رهنا مكانه الخ ومن هنا يعلم ما وقع لبعضهم في هذا المقام حيث عزا للهداية والتبيين انه اذا كانت قيمته أكثر يسقط الدين اجماعا ولو اقتصر في عزو ما ذكر على الهداية فقط لكان صوابا (قوله فكذلك عند أبي حنيفة) لانه عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة (قوله وعندهما يضمن الخ) لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة اورداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربا فتعين ما ذكرنا من انه يضمن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه و يملك المرتهن الهالك بالضمان والامام يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الردىء بالجيد او بالعكس جائز عند التراضي به كذا في التبيين وقوله لو اسقطنا القيمة اضررنا باحدهما يعني المرتهن فيما اذا كانت قيمته اقل من وزنه او الراهن فيما اذا كانت القيمة أكثر وقوله والامام يقول ان الجودة الخ لو عبر بالصفة بدل الجودة لكان أولى ليشمل ما اذا كانت القيمة اقل ولاجل رعاية المناسبة بقوله واستيفاء الردىء بالجيد او بالعكس الخ ولم ار من نبه على ذلك (قوله جاز استحسانا) لا قياسا لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين ولانه صفقة في صفقة وهو منهي عنه وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وهو يلائم وجوب الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا والرهن معينا اعتبر معنى الشرط وهو الاستيثاق فصح العقد والا اعتبر عين الشرط فيفسد كذا كما في الدرر والمراد من كون الكفيل حاضرا ان يكون معينا حتى لو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح كما في الزيلعي (قوله وقال زفر يجبر) لانه بالشرط صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن زيلعي وجوابه كما في الدرر والشرنبلالية ان عقد الرهن تبرع كاعطاء الكفيل ولا جبر على المتبرع وانما يصير حقا من حقوقه اذا وجد ولم يوجد بعد البيع والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يصير لازما بالوعد أولى انتهى (قوله واذا امتنع يجوز للبائع فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه وفواته يوجب الخيار (قوله اى في الحال) يقتضي ان قوله حالا منصوب بنزع الخافض وقوله دفعا حالا يقتضي انه صفة مصدر محذوف حموي (قوله وان اشترى ثوبا بدرهم) اشار به الى ان الثوب في قول المصنف امسك هذا الثوب هو الذي اشتراه فلا يشترط ان يكون غير المبيع خلافا لظاهر قوله في الدرر وقد أعطاه شيئا غير المبيع لان مفهومه غير مراد لان المبيع بعد القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حيث يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمانه فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له

فان كانت قيمته مثل وزن عشرة
سقط الدين بالاتفاق وان كانت قيمته
اقل من وزنه فكذلك عند أبي حنيفة
وعندهما يضمن المرتهن قيمته من
خلاف جنسه (ومن باع عبدا على)
شرط (ان يرهن المشترى بالثمن شيئا
بعينه) جاز استحسانا وكذا اذا باع
شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا
في المجلس وان لم يكن الرهن
ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل
غائبا حتى افترقا يفسد العقد واذا باع
على هذا الشرط (فامتنع) المشترى
(لم يجبر) وقال زفر يجبر (و) اذا
امتنع يجوز (للبائع فسخ البيع الا ان
يدفع المشترى الثمن) دفعا (حالا)
أى في الحال (أو) يدفع (قيمة الرهن
رهنا وان) اشترى ثوبا بدرهم و(قال)
المشترى (للبائع امسك هذا الثوب
حتى أعطيك الثمن فهو) أى الثوب
(رهن) وعند أبي يوسف وزفر
لا يكون رهنا

امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع كما فى الزيلعى بيان اختلاف الضمانين انه بعد القبض يثبت فيه حكم الرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين بخلاف ما قبل القبض فانه مضمون بجميع الثمن وان زاد عن القيمة بقى لو كان المبيع مما يفسد بالمكث فغاب المشترى وخيف تلفه جاز بيعه وشراؤه ولو باعه بأزيد تصدق به أى بالزائد لان فيه شبهة بخلاف ثمرة الرهن حيث لا يملك بيعها وان خاف عليها التلف الا اذا كان فى موضع لا يمكنه الرفع الى القاضى أو كان بحال يفسد قبل الرفع كما فى الدر واعلم ان ما ذكره فى التنوير من انه اذا أخذ عمامة المديون لتكون رهنا عنده لم تكن رهنا يشير الى ان رب الدين ليس له أخذ شئ من المدين ليكون رهنا بدون اذنه وفى شرحه عن المجتبى التصريح بان له ذلك قال وقيل اذا أيس فله أخذه مكان حقه قضاء عن دينه واقره المصنف انتهى وما فى الدرر عقب قول المتن أخذ عمامة المديون الخ من قوله واذا هلكت تهلك هلاك المرهون يفيد الاتفاق على ان ما أخذه رب الدين منه بدون اذنه يهلك هلاك المرهون سواء قلنا انه صار رهنا أو لم نقل فعلى هذا لا تظهر ثمرة هذا الاختلاف الا فى شئ واحد وهو ان المأخوذ منه هل له استرداده قبل قضاء الدين أو لا لكن يعكر عليه ما ذكره بعده معزيا للعمادية حيث قال وهذا ظاهر اذا رضى المطلوب بتركه رهنا الخ فليحرر بمراجعة منح الغفار (قوله بل يكون وديعة) لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى اقلهما بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة فى العقود للمعانى هداية (قوله لا يأخذ احدهما الخ) لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد شيئا من المال الذى رهنه به فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له لان أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر الا ترى انه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز كما فى الهداية بخلاف ما اذا قبل المشترى البيع فى أحدهما دون الآخر حيث لا يصح وهذا هو الاصح كما فى الدر معللا بأن الرهن يتعدد بتفصيل الثمن بخلاف البيع وكذا الزيلعى ذكر ان رواية الزيادات هى الاصح ويخالفه ما نقله فى غاية البيان عن الاسبيجابى من ترجيح ما ذكره فى الاصل معللا بأن غرضه من هذا التفصيل المقابلة فى حق الضمان ولكن على وجه تقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه بسبيل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة والضجر الحاصل بحبس الكل (تتمة) رهنه شاتين بثلاثين درهما احداهما بعشرين والاخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن لانه لم يبين المقابلة بالعشرة من الاخرى فصار المرهون فى حق الضمان مجهولا وهى جهالة تفضى الى المنازعة عند هلاك احداهما فاوجبت فساد العقد وكذلك فى حق الاسترداد ولو سمى كان جائزا وايهما هلكت هلكت بما فيها والاخرى رهن بما سمى لها شلبى عن الاتقانى (قوله ولو رهن عينا عند رجلين صح) قيده الشلبى عن السراج بما اذا لم يقل رهنتها منكما من كل واحد نصفها فان قال ذلك لم يجز وكذا لو قال لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث لا يجوز قال وكذا فى الخلاصة (قوله وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن اضيف الى جميع العين بصفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه الحبس بالدين وهو لا يتجزأ فصار محبوسا بكل منهما بخلاف هبتها من رجلين حيث لا يصح عند أبى حنيفة لان العين تنقسم عليهما فيثبت الشيوع ضرورة (قوله وجميعها رهن الخ) فان تهايئا فكل فى نوبته كالعدل فى حق الآخر هذا لو مما لا يتجزأ وان مما يتجزأ فعلى كل حبس النصف فلو دفع كله الى الآخر ضمن عند الامام خلافا لهما وأصله مسئلة الوديعة فيما اذا اودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما عينى (قوله والمضمون على كل حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فينقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزؤ عينى (قوله فالكل رهن عند الآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما فلا يكون له

بل يكون وديعة (وان رهن عبدين
بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته)
حتى يقضى باقى الدين (كالمبيع)
أى كما اذا باع شيئا والمبيع فى يد
البائع ونقد المشترى بعض الثمن
وأراد ان يأخذ بعض المبيع لا يملك
ذلك (ولو رهن عينا) واحدة (عند
رجلين) بدين لكل واحد منهما عليه
(صح) مطلقا سواء كانا شريكين فيه
اولا (وجميعها رهن عند كل واحد
منهما (والمضمون على كل) واحد
من المرتهنين (حصة دينه وان قضى)
الراهن (دين احدهما فالكل رهن
عند الآخر

استرداد

استرداد شئ منه مادام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا عيني فلو هلك الرهن عند الذى ادى دينه فللراهن ان يسترد ما ادى لان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن اذ كل واحد كالعدل فى حق الآخر فيصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فيسترد ما اعطاه كيلا يتكرر الاستيفاء حموى عن المعراج ولو رهنا رجلا بدين عليهما رهنا واحدا صح وهو بكل الدين ويمسكه الى استيفاء كل الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار رهو نظير البائع وهما نظير المشتر يين زيلعى (قوله وبطل بينة كل منهما الخ) والفرق بينه وبين الرهن من رجلين ان حق كل واحد منهما ثمت يثبت فى جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه فى الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك عناية (قوله وهو المأخوذ للفتوى) لان محمدا أخذ به لقوته هداية لان كلا منهما اثبت ببينته انه رهن كل العبد ولا وجه للقضاء لكل منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل كون كله رهنا بهذا وكله رهنا بذاك فى حالة واحدة ولا للقضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا للقضاء لكل منهما بالنصف للزوم الشيوع فتعين التهاتر درر وحينئذ اذا هلك يهلك امانة اذ الباطل لا حكم له درر ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدى الى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة ثم هذا اذا لم يؤرخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد اولى كدعوى نكاح امرأة اوشراء عين من واحد زيلعى والقبض اولى من التاريخ عناية (قوله على رجل انه الخ) نقل السيد الحموى عن المفتاح ان انه فى محل جر لانه بدل من رجل الخ (قوله كانهما ارتهناه معا) أى لجهالة التاريخ ورد بأن كلا منهما يثبت عقدا مستقلا والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه واحد (قوله والعبد فى ايديهما) انما قيد بكون العبد فى أيديهما لانه لو كان فى يد أحدهما يقضى لذى اليد خاصة مطلقا كذا ذكره باكير أى فى حال الحياة والموت شلبى على الكنز وهذا لا ينافى ما ذكره الزيلعى من انه قيد اتفاقى حتى لو لم يكن فى أيديهما واثبت كل فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك (قوله هذا استحسان) لان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشائع لا يقبله و بعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تتهاتران حال الحياة لا بعد الوفاة زيلعى (قوله وفى القياس باطل) لان حكمه الاصلى الحبس والشيوع يضره (قوله وفى الكافى الخ) أى وما قال به أبو يوسف من البطلان هو الاستحسان فهو عكس ما فى النهاية (تتمة) لم يذكر المصنف الرهن بالصداق وقد نقله شيخنا عن الخانية مفصلا حيث قال رجل تزوج امرأة بألف ورهن عندها بالمهر عينا تساوى ألفا وهلك الرهن عندها يهلك بصداقها فان طلقها قبل الدخول بها كان عليها رد نصف الصداق كما لو استوفت صداقها ثم طلقها قبل الدخول هذا اذا طلقها بعد هلاك الرهن فان طلقها قبل الدخول بها ثم هلك الرهن عندها لا شئ عليها الان بالطلاق قبل الدخول اولا يسقط عن الزوج نصف المهر بغير عوض فيبقى الرهن رهنا بما بقى وهو نصف الصداق فاذا هلك الرهن بعد ذلك يهلك بما بقى على الزوج فلا يجب على المرأة شئ وعند زفر يجب عليها رد الاقل من نصف المهر ومن نصف قيمة الرهن ولو تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا ورهن عندها بمهر المثل رهنا فيه وفاء بمهر المثل فهلك الرهن يهلك بمهر المثل وتصير مستوفية مهر المثل فان طلقها قبل الدخول بها بعد ذلك ترد ما زاد على متعة مثلها كما لو استوفت مهر مثلها ثم طلقها قبل الدخول وان طلقها أولا قبل الدخول والرهن قائم ووجبت لها المتعة ليس لها حبس الرهن وهو قول ابى يوسف الآخر وفى الاستحسان وهو قول محمد وابى يوسف الاول لها حبسه بالمتعة والحاصل ان الرهن

(قوله وبطل بينة كل منهما على رجل انه رهنه عبده وقبضه) أى ان كان رجل فى يده عبد ادعاه رجلان كل واحد منهما يقول لذى اليد قد رهنتنى عبدك هذا بألف درهم دين لى عليك وقبضته منك واقاما البينة على ما ادعياه ففى القياس لا يقضى على واحد منهما بشئ وهو المأخوذ للفتوى وفى الاستحسان يقضى به بينهما رهنا واحدا كأنهما ارتهناه معا (ولو مات راهنه و) قد كان (العبد فى أيديهما فبرهن كل) واحد من المرتهنين (على ما وصفنا) أى على ان الراهن رهن العبد عنده وقبض المدعى العبد المرهون منه (كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه) هذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وفى القياس باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله كذا فى الهداية وفى الكافى القياس قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله

بمهر المثل يصير رهنا بالمتعة فى الاستحسان وفى القياس لا يصير رهنا بالمتعة واذا أخذت بصداقها المسمى رهنا يساوى صداقها ثم وهبت صداقها الى الزوج او ابرأته كان عليها رد الرهن فان هلك عندها يهلك بغير شئ انتهى وهلاكه بغير شئ يحمل على ما اذا هلك قبل المنع فلو هلك بعد المنع تضمن جميع قيمته لانه بالمنع بمنزلة المغصوب

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما ذكر حكم الرهن فى يد المرتهن ذكر حكمه فى يد نائبه وهو العدل الذى يثق به الراهن والمرتهن والنائب بعد المنوب حموى (قوله يجوز ان يكون حالا) ان قلت لا مسوغ لمجىء الحال من المضاف اليه قلت غير مسلم لصلاحية المضاف للحذف فالمسوغ موجود اذ لو قيل هذا الرهن يوضع على يد عدل لصح فكان نظير قوله تعالى كمثل الحمار اذ لو حذف مثل فى غير القرآن لاستغنى عنه والعامل فى الحال معنى المبتدا المقدر وهو اشير وفى الآية ما تضمنه الكاف من التشبيه شيخنا (قوله بأن تكون اللام زائدة) راجع لقوله او صفة لا الى قوله حالا وان قدرت اللام جنسية كما ذكره الحموى رجع اليهما معا (قوله وضعا الرهن على يد عدل صح) فيه رمز الى ان تأجيل دين الرهن لا يفسد الرهن بخلاف تأجيل نفس الرهن لانه ينافى دوام الحبس كما فى المنية واعلم ان العدل اذا لم يقبض الرهن حتى حل الدين بطل الرهن كما فى القهستانى عن قاضيخان فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث امره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه فى الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل والجواب انه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ للعقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا والمراد بالعدل من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل البائع ببيعه لكنه يخالف المفرد فى مسائل ذكرها فى النهاية وغيرها كالتبيين (قوله خلافا لمالك) فيه ان مالكا لا يشترط القبض فى الرهن على ما تقدم فى كلام الشارح حيث قال وقال مالك يلزم بنفس العقد فاذا كان كذلك كان ينبغى ان لا يشترط قبض العدل أصلا ويجوز ان يكون عن مالك روايتان فى اشتراط القبض فى الرهن حموى عن غاية البيان والذى فى الزيلعى بدل قوله خلافا لمالك وقال زفر وابن أبى ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك فى الحفظ لكون العين امانة وفى حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه فصارت يده كيديهما وانما رجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه الخ وكان المناسب لما ذكره من التعليل ان يقول وانما رجع المستحق على العدل والعدل على المالك بما ضمن للمستحق لان الخ (قوله ولو هلك فى يده يهلك فى ضمان المرتهن) أشار بهذا المزج الى أن قول المصنف يهلك واقع جوابا للشرط محذوف وانما كان يهلك فى ضمان المرتهن اذا هلك فى يد العدل لانه فى يد المرتهن حكما لان يد العدل يد المرتهن فى حق المالية وهى مضمونة بالاقل من قيمة الرهن ومن الدين حموى والحاصل ان العدل يده كيد كل من الراهن والمرتهن لتعلق حقهما به الراهن فى حفظه والمرتهن فى استيفائه من ماليته ولهذا لم يكن لاحدهما أخذه على الخصوص لما فيه من ابطال حق الآخر (قوله ولو دفع الى أحدهما ضمن) لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل منهما أجنبى عن

(باب الرهن يوضع على يد عدل) قوله يوضع يجوز ان يكون حالا او صفة بان تكون اللام زائدة ولو (وضعا) أى الراهن والمرتهن (الرهن على يد عدل صح) خلافا لمالك (ولا يأخذه أحدهما منه) أى من يد العدل (و) لو هلك فى يده (يهلك فى ضمان المرتهن) ولو دفع الى أحدهما ضمن واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد اتلفه المدفوع اليه او تلف فى يده

الا آخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى هداية (فرع) اذا كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما يجوز ولا ضمان لانه لا يتأتى حفظهما الا بالتهايئ زمانا لتعذر اجتماعهما على حفظه وان كان مما يقسم يقتسمانه فان وضعاه عند أحدهما ضمن الذى وضع حصته عند صاحبه فى قول الامام خلافا لهما شلبى (قوله لا يقدر العدل الخ) لان القيمة واجبة عليه فلو جعلاها رهنا فى يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف زيلعى (قوله ولكن لهما ان يأخذاها الخ) وقع فى النسخة التى كتب عليها السيد الحموى يأخذاه بتذكير الضمير فلهذا قال صوابه يأخذاها (قوله ويجعلاها رهنا عنده) او عند غيره در (قوله وقد ضمن العدل القيمة) اما فيما اذا لم يكن مثليا شرنبلالية (قوله فالقيمة سالمة له) اى للعدل يأخذها ممن هى عنده ان كانت عند غيره لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه والا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد كما فى الزيلعى فان القيمة بدل الرهن من حيث العين فى حق الراهن وبدله من حيث المالية فى حق المرتهن (قوله فالراهن يأخذ القيمة منه) أى من العدل ان كانت عنده او من غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قائمة أخذها ممن هى فى يده اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية او الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه رجع عليه لان العدل باداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين انه اعار او أودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدى وكذا اذا دفعه اليه بحقه بان قال خذه بحقك أو احبسه بدينك لانه دفع اليه على وجه الضمان زيلعى وقوله وكذا الخ أى يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك كما فى حاشية الشلبى (قوله فان وكل الخ) قال فى الخانية فان كان الرهن فى يد عدل أمر ببيعه كان للعدل ان يبيعه بالنقد والنسيئة فى ظاهر الرواية فان باعه نسيئة ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكون للراهن ان يمتنع عن قضاء الدين قبل احضار الثمن انتهى ثم اذا نهاه عن البيع بالنسيئة بعد ان أمره بالبيع مطلقا لم يعمل نهيه كما فى الدرر وقول الزيلعى لم يعمل نهيه لانه لازم بأصله فكذا بوصفه أى انه لازم بأصله وهو التوكيل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق قال شيخنا وقد فهم العلامة عزمى ان الضمير فى قول الدرر ثم اذا نهاه الخ غير راجع الى الراهن وانها لا تعلق لها بما سبق فقال ما قال انتهى والمراد من أمره بالبيع مطلقا عدم تقييد كون البيع بالنقد وليس المراد من الاطلاق انه قال بع بالنقد وبالنسيئة اذ لو كان كذلك لم يختلف فى جواز البيع بالنسيئة حينئذ مع ان الخلاف ثابت وهذا يشير اليه ما قدمناه عن قاضيخان من انه اذا أمر ببيعه كان له بيعه بالنقد والنسيئة فى ظاهر الرواية (قوله صح) أى التوكيل لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من هؤلاء ببيع ماله معلقا او منجزا عينى (قوله ولو وكل صغيرا لا يعقل الخ) يوهم اختصاص هذا الخلاف بالتوكيل ببيع الرهن وليس كذلك حموى (قوله لا يصح عند أبى حنيفة) لان أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا وعندهما يصح لقدرته عليه وقت الامتثال (قوله فان شرطت الوكالة الخ) اعلم ان هذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه كما فى الزيلعى منها ما ذكره المصنف ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع عن البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها ان هذا يبيع الولد والارش بخلاف ذى المفردة ومنها اذا باع بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة (قوله فليس للراهن ان يعزله) أى بدون رضا المرتهن حموى عن البناية لان الوكالة لما شرطت فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه فتلزم بلزوم أصله ولانه تعلق حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه هداية (قوله ولو عزله لم ينعزل بعزله) سياق كلام الشارح يقتضى ان المراد من قول المصنف لم ينعزل بعزله خصوص ما اذا عزله الموكل والاولى ابقاء الكلام على اطلاقه بل عدم العزل فيما اذا كان من جانب المرتهن بالاولى ولهذا قال الزيلعى وانما لم ينعزل بعزل

لا يقدر العدل ان يجعل قيمة الرهن بعدما دفع الى يده رهنا ولكن لهما ان يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده وان تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك واذا فعل ذلك ثم قضى الراهن دينه وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له وان كان ضمن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه (فان وكل) الراهن (المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح) ولو وكل صغيرا لا يعقل فباعه بعد بلوغه لا يصح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يصح (فان شرطت) الوكالة (فى عقد الرهن) بان يقول الراهن رهنته على ان يكون فلان وكيلا ببيع الرهن عند حلول الاجل فليس للراهن ان يعزله ولو عزله (لم ينعزل بعزله

(و) لم ينعزل (بموت الراهن او المرتهن) اذا لم يكن المرتهن وكيلا (وللوكيل بيعه) بعد موت الراهن (بغيبة ورثته وتبطل الوكالة (بموت الوكيل) ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه (ولا يبيعه المرتهن أوالراهن الابرضا الآخر فان حل الاجل) وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن ان يبيعه (و) قد (غاب الراهن اجبرالوكيل على بيعه) مطلقا وقيل لا يبيع (كالوكيل بالخصومة اذا) أبى عن الجواب و (غاب موكله اجبر عليها) بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجبر اذا امتنع عن البيع وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله تعالى ان كان التسليط مشروطا فى العقد يجبر وان كان بعد تمام العقد لا يجبر فى ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله ان التوكيل بعد تمام العقد يصير كالمشروط فيه قال شيخ الاسلام خواهرزاده وفخر الاسلام البزدوى رحمهما الله تعالى هذه الرواية أصح ثم كيفية الاجباران يحبسه القاضى أياما ليبيع فان امتنع بعد الحبس فالقاضى يبيع عليه ثم اعلم ان قوله ولا يبيعه الراهن او المرتهن الابرضا الآخر لو أخره عن قوله فان حل الى آخره او قدمه على قوله فان وكل المرتهن أوالعدل الى آخره لكان أحسن وأولى (وان باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن) العدل (فالعدل) بالخياران شاء (يضمن الراهن قيمته أو) ان شاء ضمن (المرتهن ثمنه) الذى أعطاه وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اماان يكون هالكا وقائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن العدل فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء أى استيفاء المرتهن الثمن بدينه وان ضمن العدل فالعدل بالخياران شاء رجع على الراهن بالقيمة ونفذ البيع وصح الاقتضاء

المرتهن لانه لم يوكله فكان اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى ان لا ينعزل (قوله ولم ينعزل بموت الراهن والمرتهن) ولا بموتهما بل يكون العدل على أمره فى امساكه الرهن وبيعه وذلك لان الوكالة المشروطة فى الرهن من حقوقه فلا تبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن لانه ليس بموكل وليست كالوكالة المبتدأة بعد الرهن لانها لم تشترط فيه لم تكن من حقوقه فجاز للوكل العزل عنها حموى عن البناية (قوله اذا لم يكن المرتهن وكيلا) تقييد لعدم الانعزال بموت المرتهن حموى (قوله وللوكيل بيعه) أى الوكيل الذى هو عدل حموى عن البناية (قوله بغيبة ورثته) كما كان له ذلك حال حياته بغير حضرته عينى (قوله وتبطل بموت الوكيل) لان الوكالة لا تجرى فيها الوراثة لان هذا حق عليه والوراثة انما تجرى فيما له لا فى ما عليه ولانهما رضيا برأيه لا برأى غيره ولكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع أمر زائد فيه فلا يبطل الرهن لبطلانه فان أوصى العدل ببيعه لم يجز لانه لا يقدر على اقامة غيره مقام نفسه فى حال الحياة فلان لا يملك بعد الوفاة وقد بطلت ولايته أولى الا ان يكون الراهن قال فى أصل الوكالة وكاتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شئ فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصى به الى ثالث حموى عن الذخيرة وشرح الكافى (قوله ان وصى الوكيل يملك بيعه) كمضارب مات والمال عروض قلنا المضارب يملك التوكيل حيا فيقوم عنه وصيه ميتا ولا كذلك الوكيل حموى أخذا من كلام الزيلعى (قوله الابرضا الآخر) لتعلق حقهما به معا فلا يملك أحدهما ابطال حق صاحبه بغير اذنه حموى (قوله اجبر الوكيل) لان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطاله زيلعى (قوله مطلقا) اى سواء كانت الوكالة مشروطة فى العقد اولا حموى فهو فى مقابلة التفصيل الآتى عن شمس الائمة (قوله وقيل لا يبيع) فيه نظر الا ان يكون المراد أى لا يجبر على البيع اذا امتنع بأن يحمل على ما اذا لم تكن الوكالة مشروطة فى عقد الرهن بناء على القول بالفرق بينهما لكن يتكرر مع ما يأتى من تفصيل شمس الائمة فالوجه حذفه (قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجبر اذا امتنع عن البيع) لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه اما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه (قوله لا يجبر فى ظاهر الرواية) لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات زيلعى (قوله هذه الرواية اصح) كذا فى الزيلعى معللا بقوله كيلا يتوى حقه ويخالفه فى الترجيح ما فى الدر حيث نقل عن القهستانى وغيره ان ظاهر الرواية صححه قاضيخان وغيره فتنبه (قوله ثم كيفية الاجبار الخ) ولا يفسد البيع بهذا الاجبار لانه وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق و بمثله لا يكون مكرها عينى (قوله فالقاضى يبيع عليه) هذا على أصلهما ظاهر واما على أصل أبى حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين بجهة قضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف غيره وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون واذا باع العدل خرج من الرهنية وقام الثمن مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه فان توى كان من مال المرتهن لبقاء الرهنية فيه كما لو قتل الرهن وغرم قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق وكذا لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مكان الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه زيلعى (قوله لكان أحسن وأولى) لان قوله ولا يبيعه الراهن أو المرتهن اجنبى بينهما كذا بخط شيخنا (قوله ان شاء ضمن الراهن قيمته) لانه غاصب فى حقه بالاخذ والتسليم (قوله وان شاء ضمن العدل) لانه متعد بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك (قوله فان ضمن الراهن نفذ البيع) لانه اذا ضمن الراهن ظهر ان الراهن رهن ملك نفسه (قوله وصح الاقتضاء) اى استيفاء المرتهن دينه لان الراهن يملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع ملك نفسه (قوله فالعدل بالخياران شاء رجع على الراهن بالقيمة) لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار

الضمان عليه وضمنه ملكه باداء الضمان فتبين انه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه زيلعى بقى ان يقال ماذكره الشارح وغيره كالزيلعى من ان العدل يرجع على الراهن بالقيمة تبع وافيه صاحب الهداية قال الشلبى فى حاشية الزيلعى وقد قال بعض شارحيها المراد بالقيمة الثمن وعزاه الى الكافى (قوله فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه) أى على الراهن كما فى الزيلعى وما فى الدرر من قوله فلا يرجع المرتهن على العدل بدينه صوابه على الراهن كذا بخط شيخنا (قوله وان شاء رجع على المرتهن بالثمن) لانه تبين انه أخذه بغير حق (قوله ثم للمشترى ان يرجع على العدل بالثمن) لانه العاقد (قوله ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة) لانه هو الذى ادخله فى هذه العهدة (قوله واذا رجع عليه صح قبض المرتهن) وسلم له المقبوض و برئ الراهن عن الدين (قوله وان شاء رجع على المرتهن) لان البيع انتقض بالاستحقاق (قوله ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن الخ) من هنا يعلم ما فى عبارة الدرر من الايهام حيث اطلق فى محل التقييد (قوله لم يرجع على العدل) لانه فى البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقى ضمان الثمن على المرتهن ولدين على الراهن زيلعى (قوله يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن اولا) لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما فى الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقته عهدة بخلاف الوكالة المشروطة فى العقد لانه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وهو ظاهر الرواية لان رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم وكان التوكيل مستأنفا لا فى ضمن عقد الرهن الا ان الاصح انه يجبر لاطلاق محمد فى الجامع الصغير والاصل فتكون الوكالة غير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه فى جميع الاحكام زيلعى (قوله مات بالدين) يعنى يصير المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان مستندا الى ما قبل التسليم فيتبين انه رهن ملك نفسه الخ العينى (قوله بالقيمة وبدينه) اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء أجيب بأن السبب لرجوع المرتهن على الراهن هو الغرور وحصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الراهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا لملك الغير ولان الراهن يملك الرهن بالتلقى عن المرتهن لان المرتهن يملكه اولا باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما فى الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن والملك فى كل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف المسئلة الاولى وهى ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين انه رهن ملك نفسه واعلم ان ما ذكرناه من الاشكال لابى خازم طعن به على محمد بن الحسن وهو بالخاء المعجمة عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد كما فى العناية وفى غاية البيان انه ولى القضاء بالشام والكوفة

(باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره)

(قوله أى قضاء الراهن دين المرتهن) أشار بهذا التفسير الى ان المصدر فى كلام المصنف مضاف لمفعوله والفاعل محذوف حموى (قوله وعن أبى يوسف انه نافذ) لان الراهن يتصرف فى خالص ملكه ولهذا لو اعتقه نفذ عتقه فكان البيع نافذا وحق المرتهن يفوت الى خلف وهو الثمن قلنا انه تعلق به حق المرتهن وكونه ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كبيع ماله لوارثه ووصيته له أو لغيره باكثر من الثلث وليس كالعتق اذ لا يقبل الفسخ زيلعى وقوله كبيع ماله لوارثه يعنى فى مرضه (قوله واذا نفذ البيع باجازة

فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه
وان شاء رجع على المرتهن بالثمن
ونفذ بيعه عليه واذا رجع بطل
الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن
بدينه وفى الوجه الثانى وهو ان يكون
قائما فى يد المشترى فللمستحق ان
يأخذه من يده ثم للمشترى ان يرجع
على العدل بالثمن ثم العدل بالخيار
ان شاء رجع على الراهن بالقيمة واذا
رجع عليه صح قبض المرتهن وان
شاء رجع على المرتهن بالثمن واذا رجع
عليه فيرجع بالدين على الراهن
ولو ان المشترى سلم الثمن الى المرتهن
لم يرجع على العدل ولو كان التوكيل
بعد عقد الرهن غير مشروط فى العقد
فما لحق العدل من العهدة يرجع به
على الراهن قبض المرتهن الثمن أولا
(وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق
وضمن الراهن قيمته) بحكم التخيير
(مات) الرهن (بالدين) وصح الايفاء
(وان ضمن المرتهن رجع على
الراهن بالقيمة وبدينه)

*(باب التصرف فى الرهن والجناية
عليه وجنايته على غيره)*

(ويوقف بيع
الراهن) أى الرهن (على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه)
أى قضاء الراهن دين المرتهن وعن
أبى يوسف أنه نافذ واذا نفذ البيع
باجازة المرتهن

المرتهن الخ) وكما ينفذ بالاجازة ينفذ بابرائه الراهن كما فى انفع الوسائل (قوله ينتقل حقه الى الثمن) أى يصير الثمن رهنا كما فى متن التنوير (قوله فى الصحيح) لانه بدل حقه كالعبد المدين اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط والرضا بالبيع لا يكون رضا بسقوط حقه والحاصل ان الثمن يصير رهنا باجازة المرتهن بيع الرهن مطلقا سواء اشترط عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا أم لم يشترط خلافا لما سيأتى عن أبى يوسف (قوله اذا شرط الخ) لان الثمن مال آخر ملكه الراهن بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا أجره الراهن فاجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط والجواب كما فى الزيلعى ان الاجرة ليست بدل حق المرتهن لان حقه فى العين وهى بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وكذا لو باع المالك العين المستأجرة فاجاز المستأجر البيع لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل العين وحقه فى المنفعة (قوله وفسخه انفسخ) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك زيلعى وليس للراهن فسخ هذا البيع لان هذا البيع انعقد صحيحا فى حقهما وانما التوقف فى حق المرتهن كذا فى انفع الوسائل (قوله لا ينفسخ بفسخه) لان حقه فى الحبس يكفيه التوقف حموى وقوله بفسخه أى فسخ المرتهن البيع وقوله فى الدرر وان فسخ المرتهن عقد الرهن لم ينفسخ صوابه عقد بيع الرهن شرنبلالية (قوله فان شاء المشترى صبر الخ) لان العجز على شرف الزوال (قوله وان شاء رفع الخ) هذا اذا اشتراه ولم يعلم انه رهن درعن ابن الكمال لكن ظاهر اطلاق كلام المصنف انه يتخير مطلقا قال فى العمادية وهو ظاهر الرواية ونصها بالعزو الى البزدوى ان فى بيع المستأجر والمرهون اذا كان المشترى عالما يتخير كما لو لم يكن عالما عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف بين حالة العلم وعدمه فرق فانه جعل الرهن والاجارة بمنزلة العيب ومع العلم بالعيب يمتنع ثبوت الخيار للمشترى وهما يعتبران ذلك بمنزلة الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع عند الاستحقاق وظاهر الرواية قولهما انتهى (قوله ليفسخ القاضى العقد) بحكم عجز البائع الراهن عن التسليم كالمبيع اذا أبق قبل القبض فان المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع الآبق وان شاء رفع الامر الى القاضى ليفسخ العقد بحكم العجز عن التسليم وولاية فسخ للقاضى لا الى المشترى والبائع وهو الراهن كما فى العينى وغيره (قوله فالثانى ايضا موقوف) أى كم وقف الاول لان الاول موقوف والموقوف لا يمنع توقف الثانى درر فايهما أجاز نفذ وبطل الآخر واعلم ان ماذكر من كون الاول موقوفا مقيد بما اذا كان البيع الثانى من أجنبى فلو من المرتهن انفسخ الاول كما فى الدر عن الاشباه ونصه باع الراهن الرهن من زيد ثم باعه من المرتهن انفسخ الاول انتهى ولو باعه الراهن ثم أجره او رهنه او وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق ان المرتهن له منفعة فى البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة لما بينا ولا بدل له فى الرهن والهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين على التعاقب فاجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا نفع له فى البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فصار اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع زيلعى وسكت عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما كما فى العناية وما فى الدرر من قوله ولو باع الراهن الرهن ثم أجره او رهنه او وهبه من غير المشترى فاجاز المرتهن هذه التصرفات من البيع وغيره الخ فيه مؤاخذة أما بالنسبة لقوله فاجاز هذه التصرفات فلان المراد باجازة كل واحد منها وحده فتكون صور المسئلة ثلاثا كما ذكره عزمى وأما بالنسبة لقوله من البيع وغيره فلانه ينبغى ان يقول مما بعد البيع لان البيع ليس من مدخول الاجازة كما فى الشرنبلالية (قوله وقال الشافعى لا ينفذ اذا كان معسرا) لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذا الحر يقبلها بخلاف الرهن فلا يبقى بعد العتق ولنا انه

وعن ... ينتقل حقه الى الثمن فى الصحيح وعن
أبى يوسف ان المرتهن اذا شرط عند
الاجازة أن يكون الثمن رهنا فهو رهن
والا فلا وان لم يجز المرتهن البيع
وفسخه انفسخ فى رواية ابن سماعة عن
محمد رحمهما الله تعالى حتى اذا افتك
الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه وفى
أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه واذا
بقى موقوفا فان شاء المشترى صبر حتى
يفتكه الراهن وسلم اليه المبيع وان شاء
رفع الامر الى القاضى ليفسخ القاضى
العقد فان باعه الراهن من رجل ثم
باعه بيعا ثانيا من غيره قبل اجازة
المرتهن فالثانى أيضا موقوف (ونفذ
عتقه) أى عتق الراهن العبد المرهون
باجازة المرتهن مطلقا سواء كان
موسرا أو معسرا وقال الشافعى رحمه الله
لا ينفذ ان كان معسرا وان كان موسرا
نفذ وبطل الرهن (وطولب بدينه
(حالا) لو كان الدين دينا
[illegible]

مثلا ما اذا اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض
اوأعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء فى ملك الرقبة لقيام المقتضى وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا
زال ملكه فى الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك
الرقبة أقوى من ملك اليد وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم ولو دبره أو استولدها
صح بالاتفاق لان التدبير لا يمنع البيع على أصله والاستيلاد يصح بادنى الحقين وهو ما للاب فى جارية
الابن من الحق فبالاعلى الذى هو حقيقة الملك أولى ان يصح واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية
اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذى ذكرناه فى الاعتاق
وان معسرا استسعاهما المرتهن فى جميع الدين لان كسبهما مال المولى أى ملكه بخلاف المعتق حيث
يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه
ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه
وهو مضطر كذا فى الهداية وغيرها كالزيلعى وقوله لان الاجارة تبقى مدتها بالنصب أى تبقى الاجارة فى
مدة الاجارة كما فى حاشية الشلبى (قوله ولا يضمنه قيمته) اذ لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين درر
ووقع فى بعض النسخ ولا يضمن قيمته (قوله حتى يحل الدين) بضم الحاء المهملة وكسرها حموى عن البناية
فاذا حل أخذه بحقه ان جانسه فان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان أقل من حقه
رجع بالزيادة لعدم ما يسقطه وان لم يكن من جنسه صرف بجنسه (قوله ولو كان الراهن معسرا سعى
العبد الخ) قيده فى الجوهرة بما اذا اعتقه بغير اذن المرتهن اما اذا أعتقه باذنه فلا سعاية على العبد الخ
(قوله سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) كيفية ذلك ان ينظر الى قيمة العبد يوم العتق ويوم
القبض والى الدين ويسعى فى الاقل منهما الا انه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة الراهن يرجع على من
ينتفع بالعتق وهو العبد فان كان الدين اقل فالحاجة تندفع به وان كانت القيمة أقل فهو انما حصل له
هذا القدر فلا تجب عليه الزيادة حموى (قوله وقضى به الدين) أى قضى ببدل السعاية الدين ان
كان من جنس حقه وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه فيقضى به الدين وان كان الدين مؤجلا كانت
السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا فى الحال زيلعى (قوله ويرجع به
على سيده) لانه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع كمعير الرهن بخلاف المستسعى فى العتاق لانه يؤدى
واجبا عليه ليحصل العتق عند الامام وليكمل عندهما ثم ان الامام شرط هنا الاعسار لان الثابت للمرتهن
حق الملك وللشريك حقيقته فوجبت السعاية هنا فى حالة واحدة اظهارا للتفاوت بخلاف المبيع اذا
أعتقه المشترى قبل القبض لا يسعى للبائع فى الظاهر لضعف حقه فى الحبس لانه لا يملك فى الآخرة
ولا يستوفى من عينه ويبطل باعارته للمشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل باعارته زيلعى وفى
الجوهرة ولا يرجع العبد على سيده بما يسعى الا فى هذه المسئلة حموى (قوله واتلاف الراهن كاعتاقه)
فيطالب الراهن بالدين ان كان حالا والا أخذت قيمته منه فتجعل رهنا قيد بالراهن لانه لو اتلفه المرتهن
والدين حال يكون مستوفيا والا تؤخذ قيمته منه وتجعل رهنا شرح المجمع لابن ملك (قوله فى الاحكام
المذكورة) الا انه لا سعاية ههنا لاستحالة وجوبها على المالك ابن ملك (قوله فالمرتهن ان يضمنه
قيمته) يعنى اذا كان قيميا كما فى الدرر (قوله يوم هلك) حتى اذا كانت قيمته يوم الرهن ألفا ويوم
استهلكه خمسمائة غرم المستهلك خمسمائة وكانت رهنا وسقط خمسمائة من الدين فصارت كأنها هلكت
بآفة والمعتبر فى ضمان الرهن على المرتهن قيمته يوم القبض ولو نقصت القيمة بتراجع السعر من ألف
لخمسمائة وجبت خمسمائة وسقط مثلها من الدين لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين قدره
وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب الباقى بالاتلاف وهو
قيمته يوم التلف كذا فى الهداية لا يقال ان نقصان السعر فى الرهن ليس بمضمون لانه لا يضمن مع بقاء

ولا يضمنه قيمته (ولو) كان الدين دينا
(مؤجلا أخذ منه) أى من الراهن
(قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه) أى
مكان العبد حتى يحل الدين (ولو) كان
الراهن (معسرا سعى العبد) للمرتهن
(فى الاقل من قيمته ومن الدين) وقضى
به الدين (و) لكن (يرجع) العبد
(به) أى بما سعى (على سيده) اذا
ايسر (واتلاف الراهن كاعتاقه)
فى الاحكام المذكورة (وان اتلفه
أجنبى فالمرتهن أن يضمنه) أى الاجنبى
(قيمته) يوم هلاك (فتكون) قيمته
(رهنا عنده)

عين الرهن فأما اذا تلفت العين فالضمان يتعلق بقبضها كأنه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض كذا في حاشية الشلبي ويشير اليه كلام الهداية وبه يسقط ماذكره الزيلعي من الاشكال (قوله وخرج من ضمانه باعارته الخ) لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه عيني ولو أذن الراهن المرتهن في استعماله او اعارته للعمل فهلك قبل العمل او بعد الفراغ منه هلك بالدين لبقاء عقد الرهن ولو هلك في حالة العمل والاستعمال هلك أمانة لثبوت يد العارية حينئذ ولو اختلفا وقت هلاكه فقال المرتهن هلك في وقت العمل وقال الراهن في غيره فالقول للمرتهن لانه منكر والبينة للراهن لانهما اتفقا على زوال الرهن فلا يصدق الراهن في عوده الا بحجة تنوير وشرحه فان لم يؤذن وخالف ثم عاد الى الوفاق فهو رهن على حاله شرنبلالية (قوله يهلك مجانا) لفوات القبض المضمون درر حتى لو كان أعطاه به كفيلا لم يلزم الكفيل شئ لخروجه من الرهن نعم لو كان أخذه بغير رضا المرتهن جاز ضمان الكفيل در (قوله وللمرتهن ان يسترده) لبقاء عقد الرهن مع اعارته الا في الضمان شرح الحموى (قوله كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء) لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن قطعا فان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن مع انه غير مضمون بالهلاك كذا في الدرر فسقط ما عساه يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن وان لم يبق مضمونا (قوله وبرجوعه الى المرتهن الخ) أى برجوع الرهن الى المرتهن وفي قول العيني أى برجوع المرتهن الرهن من الراهن الى يده ركاكة لا تخفى (قوله عاد ضمانه) لعود القبض الموجب للضمان حتى يذهب الدين بهلاكه عيني وهو محمول على ما اذا كان فيه وفاء بالدين بان كانت قيمته قدر الدين او أكثر (قوله ولو أعاره أحدهما الخ) في استعمال لفظ الاعارة في جانب المرتهن تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض وهو لم يكن مالكا فكيف يملك تمليكها ولكن لما عومل ههنا معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن الاسترداد اطلق اسم الاعارة لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن شرنبلالية عن النهاية (قوله سقط الضمان) لما ذكرنا من ان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض (قوله ولكل ان يرده رهنا) كما كان من غير عقد جديد لبقائه على الرهنية عيني (قوله لانه اذا كان المعير هو المرتهن الخ) لم يذكر في بيان الاحتراز بالاذن ما اذا كان المعير هو الراهن وأعار بغير اذن من المرتهن فلينظر حموى وأقول اذا أعاره الراهن بغير اذن المرتهن لا يبقى مضمونا على المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض باعارة الراهن وكان القياس سقوط الضمان أيضا فيما اذا أعاره المرتهن بغير اذن الراهن لما ذكرنا لكن لما كان انتقاض القبض بفعله لم يعذر فتدبر ووقع لبعضهم في هذا المقام وهم (قوله لانه اذا أجره الخ) أو رهنه (قوله من اجنبي) أو من المرتهن كما في الزيلعي فكلام الزيلعي صريح في جواز الاجارة من المرتهن قال الاسبيجابي لو استأجره المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك امانة ولا يذهب بهلاكه شئ من الدين ولو حبسه عن الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة صار غاصبا انتهى ويخالفه ما في معراج الدراية حيث قال ولو اجره الراهن من المرتهن كانت باطلة وهو بمنزلة ما لو اعاره أو اودعه وفي الايضاح اجره من المرتهن خرج من الرهن ولم يعد الى الرهن ابدا لان الاجارة عقد لازم فاذا لزم العقد انتفى الرهن شلبى (قوله يخرج عن الرهن الخ) لانه تعلق به حق محترم لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية زيلعي (قوله بأى شئ كان الخ) لان الاطلاق يجب اعتباره خصوصا في الاعارة لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة زيلعي (قوله فخالف المستعير الخ) قال في الذخيرة لو سمى له شيئا فرهنه باقل من ذلك او اكثر فالمسئلة على ثلاثة أوجه الاول اذا كانت قيمة الثوب مثل الدين او اكثر منه فرهن باكثر من الدين او باقل فانه يضمن قيمة الثوب والثالث ان تكون القيمة اقل من الدين فان زاد على المسمى يضمن قيمته وان نقص ان كان النقصان الى تمام قيمة الثوب لا يضمن وان كان النقصان اقل يضمن قيمة الثوب انتهى شرنبلالية (قوله او اقل) فان قلت كيف هذا مع ما ذكره في التنوير وشرحه وسيأتى معزيا للعيني انه اذا عين له اكثر من قيمته

وخرج) الرهن (من ضمانه) أى من ضمان المرتهن (باعارته من راهنه ليخدمه) أى ليعمل له عملا (فلو هلك) بعد الاعارة (في يد الراهن يهلك مجانا) بغير عوض وللمرتهن ان يسترده الى يده ولهذا لو هلك الراهن قبل الرد على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء (وبرجوعه) الى المرتهن (عاد ضمانه) على المرتهن (ولو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط الضمان ولكل) من الراهن والمرتهن (ان يرده رهنا) كما كان وانما قيد بقوله باذن الآخر لانه اذا كان المعير هو المرتهن وقد أعاره بغير اذن الراهن بقي الضمان على المرتهن وحكم اتلاف الراهن مر في المتن آنفا وخص الاعارة لانه اذا أجره او باعه أو وهبه أحدهما من أجنبي باذن الآخر يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد مبتدا ولهذا لو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء (وان استعار) رجل من غيره (ثوبا ليرهنه صح) الاستعارة والرهن بأى شئ كان وبأى مقدار شاء وبمن شاء وفي أى بلد شاء (ولو عين) المعير (قدرا) بان قال ارهنه بعشرة مثلا (أو جنسا) بان قال ارهنه بدينار أو بكذا منا من الحنطة أو الشعير أو نحوه (أو بلدا) بان قال ارهنه بالمدينة مثلا أو رجلا (فخالف المستعير) بان رهنه باكثر من العشرة أو اقل أو رهنه بالدراهم أو رهنه في البصرة أو رهنه من امرأة فالمعير بالخيار ان شاء (ضمن المستعير) ويتم العقد بينه [illegible] (أو المرتهن) ويرجع المرتهن [illegible] الدين على الراهن

فرهنه باقل من ذلك لم يضمن لمخالفته الى خير انتهى قلت لاتخالف لحمل ماذكره الشارح وغيره من انه يكون مخالفا بالاقل على ما اذا لم يكن ماعينه المعير من المقدار أكثر من قيمته وقوله فرهنه باقل من ذلك لم يضمن أى باقل مما عينه المعير زائدا على القيمة وليس المراد مطلق الاقل بل بقيد ان يكون النقصان الى تمام قيمة الثوب كما قدمناه عن الشرنبلالية بالعزو الى الذخيرة (قوله ضمن المستعير او المرتهن) لان كل واحد منهما متعد فى حقه اما المستعير فلمخالفته واما المرتهن فلقبضه ماله بغير اذنه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب الا اذا عين له أكثر من قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه و بين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه كذا ذكره العينى وغيره ونظر فيه قارى الهداية بأن الملك فيه لم يستند الى وقت القبض اذ القبض كان باذن المالك وانما يستند الى وقت المخالفة وهو التسليم الى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين انه رهن ملكه لان ملكه بعد عقد الرهن شلبى عن الزيلعى وان ضمن المرتهن رجع بما ضمن وبالدين على الراهن اما رجوعه بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما رجوعه بالدين فلان قبضه انتقض فعاد حقه كما كان درر (قوله وان وافق) اطلقه فعم مالو وافق مستعير الرهن بعد سابقة الخلاف منه فظاهر هذا الاطلاق انه بالعود الى الوفاق يبرأ عن الضمان لكن فى الشرنبلالية عن العمادية معزيا الى فصول الاستروشنى لا يبرأ عن الضمان على ما عليه الفتوى ومثله المستأجر انتهى (قوله صار المرتهن مستوفيا دينه) لتمام الاستيفاء بالهلاك درر (قوله و يرجع بالفضل على الراهن) اذ لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته درر (قوله أى مثل ماسقط من الدين) لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فيسقط الدين عن الراهن و يضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقى امانة زيلعى والمراد بالمثل فى قول العينى أى مثل الثوب الذى هلك هو البدل اذ الثوب قيمى (قوله ووجب مثله لرب الثوب الخ) اى مثل الذاهب (قوله جبرا) بغير رضى الراهن كذا قيل لكن قال فى العناية وليس بظاهر ولعله من الجبران يعنى جبر المنافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا برضى المعير لانه ملكه كذا بخط شيخنا (قوله لا يمتنع المرتهن الخ) وقع فى شرح العينى لا يمتنع المستعير وهو سبق قلم اذ المستعير هو الراهن (قوله ويرجع المعير على الراهن بما ادى الخ) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبى الدين لانه متبرع اذ لا يسعى فى تخليص ملكه فكان للطالب ان لا يقبله زيلعى (قوله وان كان الدين اكثر منها لا يرجع على الراهن الا بقدر القيمة) بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفا فرهنه بألفين فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة عزمى عن الكفاية (قوله و يكون فى الزيادة متبرعا) فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلا يكون متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء كذا فى النهاية وهو جواب بالتسليم واما ما أجاب به المقدسى من قوله يمكن حمله على ما اذا رضى المرتهن بالقيمة فزاده ولتمام الدين فلم يكن مضطرا فلا يرجع انتهى ففيه نظر لاقتضائه انه يرجع بالزيادة عند وجود الاضطرار بأن لم يرض بأخذ القيمة فقط وقد علمت من كلام النهاية انه لا يرجع واما ماذكره الزيلعى من قوله وذكر فى النهاية انه اذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا و باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفى

(وان وافق) المستعير المعير بان رهنه بما عين من المقدار والجنس والبلد والرجل (وهلك) الرهن (عند المرتهن صار) المرتهن (مستوفيا دينه ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر وان كانت أقل صار المرتهن مستوفيا بقدره ويرجع بالفضل على الراهن (ووجب مثله) أى مثل ماسقط من دين الراهن (للمعير على المستعير) وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن كما مر آنفا (ولو افتكه) فكه وافتكه أى خلصه (المعير) بغير رضا الراهن (لا يمتنع المرتهن) عن دفع الرهن الى المعير جبرا (ان قضى) المعير (دينه) ويرجع المعير على الراهن بما أدى اذا كانت القيمة مساوية للدين وان كان الدين أكثر منها لا يرجع على الراهن الا بقدر القيمة ويكون فى الزيادة متبرعا واذا اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك هلك فى يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل ان رهنه أو بعد ما افتكه

الكل على ما عرف فى موضعه انتهى ففيه نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل اشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه بما قدمناه وتبعه على هذا الجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان المذكور مرضيا عند الزيلعى ايضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد ان رأى السؤال والجواب مسطورين فى النهاية وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغى أن يعد السؤال المذكور اشكالا من عند نفسه كذا ذكره قاضى زاده وقال الحموى نقلا عن المقدسى يمكن أن يقال ليس فى كلامه ما يدل على ان الاشكال من عند نفسه وحاصل الكلام انه لما قوى عنده السؤال وضعف الجواب تركه وذكره على وجه الاستشكال (قوله فالقول للراهن مع اليمين) ولا رجوع للمعير على الراهن لعدم وجوب الضمان عليه لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان عليه وانما كان القول قوله لانه ينكر الرجوع عليه باعتبار الايفاء منه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد والراهن يدعى فسخه لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجب الايفاء به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجبه لضمن كله كما فى الزيلعى (قوله كما اذا أنكر أصله) أى أنكر أصل الامر الذى هو عقد العارية حموى عن العناية (قوله مضمونة) لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا أتلفته الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الاول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان ان حل دينه و جانسه والاحبسه الى حلول الدين فيأخذه ان جانسه والاحبسه الى أن يوفى دينه كذا فى الزيلعى واذا الزم المرتهن الضمان بجنايته على الرهن وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقى لان ما زاد على قدر الدين من القيمة كان أمانة فيضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن وهذا اذا كان الدين من جنس الضمان والا لم يسقط منه شئ شلبى ودرر واذا لم يسقط منه شئ يبقى مع الاصل رهنا وقول الزيلعى وتعلق مثله الخ أى تعلق مثل الحق اللازم بمال الرهن الخ (قوله وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر) أى لا توجب شيئا عينى وأراد بالجناية على النفس ما يوجب المال كما سيذكره الشارح أما ما يوجب القصاص فهى معتبرة بالاجماع درر عن النهاية يعنى بأن كانت فى النفس لانه لا قصاص بين طرفى حر وعبد شرنبلالية وجه كونها معتبرة فيما يوجب القصاص فى النفس بالنسبة للمرتهن ظاهر وكذا المولى لانه كالاجنبى عنه فى حق الدم اذ لم يدخل فى ملكه الامن حيث المالية الاترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار بما يوجب المال على عكسه جائز من المولى عليه وغير جائز من العبد لكونه فى المعنى على المولى اما كون جنايته على الراهن هدرا فلانها جناية المملوك على مالكه وهى فيما يوجب المال هدر لانه المستحق ولا يثبت الاستحقاق له عليه وأما كون جنايته على المرتهن هدرا فلان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير منها لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه كما فى الدرر لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه فى حق شئ واحد بسبب واحد ولا فائدة فى ذلك كما فى العناية بخلاف ما لو جنى على ابنهما فانها معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدى وان كانت على المال أى مال ابنهما يباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى لتباين الاملاك كما فى الزيلعى (تتمة) اذا كانت جناية الرهن موجبة للقصاص فاقتص منه بحضرة الراهن سقط الدين كما فى شرح المجمع قال فى الشرنبلالية وهذا اذا ثبت بالبينة فلو بالاقرار لا يشترط حضور سيده بقى ان يقال ما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع من انه اذا اقتص منه سقط الدين موافق لما فى الدرعن الخانية لكن يخالفه ما فى الدر ايضا عن القهستانى وشرح المجمع حيث ذكر انه اذا اقتص منه يبطل الرهن فمقتضاه ان الدين لا يسقط فتدبر (قوله وقالا جنايته على المرتهن معتبرة) لان الجناية حصلت على غير مالكه وفى

الاعتبار

فالقول للراهن مع اليمين ولو اختلفا
فى مقدار ما أمره بالرهن فالقول للمعير
كما اذا أنكر أصله (وجناية الراهن
والمرتهن على الرهن مضمونة وجنايته)
أى الرهن (عليهما وعلى مالهما هدر)
وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد
بالجناية على النفس ما يوجب المال
بان كانت خطأ فى النفس أو فيما دونها

الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر هداية (قوله ثم ان شاء الراهن الخ) هذا التفريع على قولهما قال فى البدائع واما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند الامام وعند أبى يوسف ومحمد معتبرة بدفع أو فداء ان رضى به المرتهن ويبطل الدين وان قال المرتهن لا أطلب الجناية لما فى الدفع أو الفداء من سقوط حقه فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله حموى (قوله ودفعه بالجناية الى المرتهن) وقع فى نسخة السيد الحموى ودفعاه بألف التثنية فلهذا قال الصواب ودفعه أى الراهن انتهى وأقول عبارة الهداية ودفعاه بالتثنية وكذا عبارة الكرخى فى مختصره كما فى حاشية الشلبى بالعزو الى الغاية وغايته كما ذكره الاكمل ان فى العبارة تسامحا لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومحمله المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه فى صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه (قوله ويبطل الدين) لان دفعه يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على أجنبى فدفع سقط الدين كما فى البدائع وانما خير المرتهن لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء حموى واعلم ان بطلان الدين بدفعه الى المرتهن او الى الاجنبى المجنى عليه ظاهر فيما اذا كان فيه وفاء بالدين بأن كانت قيمته قدر الدين أو أكثر فلو لم يكن فيه وفاء بأن كان الدين أكثر من قيمته فدفع بالجناية ينبغى أن لا يبطل كل الدين بل بقدر قيمته فقط (قوله وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق الخ) لانه لا فائدة فى اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه لان جنايته على غير الآدمى لا توجب دفعه بل تعلق الدين برقبته فلو بيع وأخذ ثمنه سقط دينه فلم يكن فى اعتبار هذه الجناية فائدة زيلعى وحموى (قوله وان كانت قيمته أكثر) بأن كانت ألفين والدين ألف وأتلف متاع المرتهن يقال للراهن اما ان تقضى نصف دينه أى العبد أو يباع عليك فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفى المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقى شئ من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه امانة ونصفه مضمون فبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين أى دين العبد وبقى العبد رهنا بحاله وهذا ظاهر الرواية كما فى شرح الهداية للاكمل (قوله فعن أبى حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة) وعنه انه لا يعتبر أصلا وجه الاولى ان المانع من الاعتبار كون العبد فى ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو الفضل ليس فى ضمانه فأمكن اعتبار الجناية فى ذلك القدر فلزم اعتبارها ووجه الثانية ان ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو فى حكم المضمون لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمنع الاعتبار حموى عن البدائع (قوله سواء كان بسبب نقصان سعر العبد الخ) هذا التعميم فى مقابلة التفصيل عند زفر بخلاف زفر قاصر على ما اذا كان النقصان من حيث السعر (قوله فقتله رجل حر) قيده بالحر تبعا للوافى ولا حاجة اليه لاستفادته من قوله وغرم مائة حموى (قوله ولا يرجع على الراهن بشئ من بقية الالف) لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر الاستيفاء وقيمته كانت فى الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء زيلعى (قوله وقال زفر يرجع بتسعمائة الباقية) هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ونحن نقول ان نقصان السعر عبارة عن فتور الرغبات وذلك غير معتبر فى العين اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا افتكه غرم قيمته يوم الاتلاف وأخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر كما سبق وقيمته كانت فى الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء كذا فى شرح العينى والحاصل ان خلاف زفر ثابت فى الشروح كالزيلعى وغيره وبه يعلم ان ما فى البناية من أن المرتهن لا يرجع على الراهن بشئ من التسعمائة بالاتفاق انتهى يعنى اتفاق الامام وصاحبيه لا مطلقا كما

ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا
الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن
فان قبله المرتهن صار عبده وبطل
الدين وان قال المرتهن لا أطلب
الجناية فهو رهن على حاله وجنايته
على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق
ان كانت القيمة والدين سواء وان
كانت قيمته أكثر من الدين فعن أبى
حنيفة رحمه الله أنه يعتبر بقدر
الامانة وعنه أنه لا يعتبر (وان رهن
عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل
فرجعت قيمته الى مائة) سواء كان
بسبب نقصان سعر العبد أو نقصان
عينه (فقتله رجل) حر خطأ (وغرم
مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض) من
القاتل (المائة قضاء من حقه ولا يرجع
على الراهن بشئ) من بقية الالف وقال
زفر رحمه الله تعالى يرجع بتسعمائة
الباقية من النقصان بسبب السعر
(وان) رهن عبدا بالف

توهمه السيد الحموى وتبعه بعضهم فتنظيره فى كلام الشارح ساقط (قوله وباعه المرتهن بمائة بأمره) أى بعد ان صار قيمته مائة كما قاله صدر الشريعة وجرى عليه الاتقانى والشارح وصاحب الدرر اعتمد فى ترك هذا القيد على سياق الكلام كما ذكره عزمى (قوله ورجع على الراهن بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقى الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هنا كذا فى الزيلعى فما فى الدرر من قوله لان الراهن اذا باعه صوابه لان المرتهن الخ (قوله مطلقا) أى سواء كان بيعه بمائة بسبب تراجع السعر الى مائة أولا حموى ولا يخفى ما فيه من القصور اذ كان عليه ان يقول وسواء قال بع بما شئت أولا لما يأتى فى كلام الشارح (قوله لا بباعه بمائة) لان المراد أمره بالبيع غير مقيد بمائة فالمائة غير مأمور بها كما فى الشرنبلالية اذ لو أمره مقيدا لخالف الى نقصان لا ينفذ على الآمر شيخنا (قوله بدل العبد المقتول) يشير الى ما ذكره الحموى فى شرحه من ان الباء بدلية ويجوز ان تكون سببية والانتقاص ليس بقيد بل لو كانت قيمة المقتول وقت القتل الفا لم يختلف الحكم كما فى الزيلعى والدرر كذا قيل وأقول انما قيد به توطئة لما سيأتى من قوله وقال زفر يفتكه بمائة و يسقط ما زاد على ذلك فليس التقييد به احترازيا وكيف يتوهم كونه للاحتراز مع ما صرح به من قوله وكذا الخلاف فيما اذا كان قيمة العبد القاتل زائدة على المائة والمراد بالخلاف فى كلامه خصوص ما بين محمد والامامين لا ما يشمل خلاف زفر فتدبر (قوله افتكه الراهن بكل الدين جبرا ولا خيار له الخ) لان العبد الثانى قائم مقام الاول لحما ودما صورة ومعنى اما صورة فظاهر واما معنى فلان القاتل كالمقتول فى الآدمية والشرع اعتبره حرا من حيث الآدمية دون المالية الا ترى الى استوائهما فى حق القصاص فكذا فى حق الدفع ايضا كما فى العناية فصار كأن الاول قائم وتراجع سعره ولو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يسقط شئ من الدين عندنا فكذا اذا قام المدفوع مقامه وما فى الدرر من قوله لان العبد الباقى قائم مقام الاول مخالف لما فى الهداية وغيرها والموافق ابدال الباقى بالثانى كما ذكره عزمى (قوله وعند محمد ان شاء الراهن أخذه وأدى الدين كله الخ) لمحمد فى الخيار ان المرهون تغير فى ضمان المرتهن فيخير كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل فى يد الغاصب يخير المشترى والمغصوب منه كذا هذا هداية قال فى الشرنبلالية والمختار ايضا من الاقوال قول محمد لكن فى الدر عامة المتون والشروح على الاول وان جنى الرهن خطأ فداه المرتهن ولم يرجع على الراهن ولا يدفعه الى ولى الجناية فان أبى دفعه الراهن أو فداه و يسقط الدين لو أقل من قيمة الرهن أو مساويا ولو أكثر يسقط قدر قيمة العبد لا الباقى ولو استهلك مالا يستغرق رقبته فداه المرتهن فان أبى باعه الراهن أو فداه ولو قتل ولد الراهن انسانا او استهلك مالا دفعه الراهن وخرج عن الرهن أو فداه وبقى رهنا مع أمه واما جناية الدابة فهدر و يصير كأنه هلك بآفة سماوية وتمامه فى الخانية كذا فى التنوير وشرحه (قوله باع وصيه الرهن) أى باذن المرتهن كما فى العزمية عن صدر الشريعة لان الرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما و يبقى الرهن رهنا عند الورثة كما فى الدر عن معين المفتى (قوله وقضى الدين) لانه قائم مقامه عينى (قوله نصب له وصى الخ) أى نصب القاضى لاجله وصيا لانه نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر بانفسهم عينى وهذا لو ورثته صغارا فلو كبارا أخلفوا الميت فى المال فكان عليهم تخليصه درعن الجوهرة ولو رهن الوصى بعض التركة لدين على الميت عند غريم من غرمائه توقف على رضا البقية ولهم رده فان قضى دينهم قبل الرد نفذ ولو اتحد الغريم جاز و بيع فى دينه ولو ارتهن الوصى بدين للميت على آخر جاز كذا فى الدر ايضا عن الدرر مع زيادة ايضاح لشيخنا وما فى الخلاصة والخانية من أن المرتهن له بيع ما يخشى عليه الفساد باذن الحاكم و يكون ثمنه رهنا عنده وان باع بغير أمر القاضى كان ضامنا اى كضمان الغصب اذ هو قبل البيع مضمون ضمان الرهن واشتراط الاذن لنفى الضمان يحمل على حالة الامكان ثم رأيت فى الدر قبيل باب الرهن يوضع على يد عدل ما نصه وفى

و(باعه) المرتهن (بمائة بأمره) أى
بأمر الراهن (يقبض) المرتهن (المائة
قضاء من حقه ورجع) المرتهن (على
الراهن بتسعمائة) مطلقا وقوله بأمره
متعلق بباعه فقط لا بباعه بمائة ثم هذا
البيع صحيح بالاجماع اذا كان موضوع
المسئلة ان سعره تراجع الى مائة وان كان
موضوع المسئلة انه لم ينقص فيصح
البيع أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله
وصح عندهما ان قال بع بما شئت
(وان قتله عبد قيمته مائة) والمسئلة
بحالها (فدفع به) أى دفع العبد
القاتل الذى قيمته مائة بدل العبد
المقتول الذى نقص قيمته الى المائة
(افتكه) الراهن (بكل الدين) جبرا ولا
خيار له بين أن يفتكه بكل الدين
أو يدعه بكل الدين عندهما وعند
محمد رحمه الله ان شاء الراهن أخذه وأدى
الدين كله وان شاء سلم العبد المدفوع
الى المرتهن بدينه وقال زفر رحمه الله
يفتكه الراهن بمائة ويسقط ما زاد على ذلك
وكذا الخلاف فيما اذا كانت قيمة
العبد القاتل زائدة على المائة (وان
مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى) الوصى (الدين فان لم يكن له
وصى نصب له وصى وأمر) ذلك الوصى
(ببيعه)

الذخيرة ليس للمرتهن بيع ثمرة الرهن وان خاف تلفها لان له ولاية الحبس لا البيع ويمكن رفعه الى القاضى حتى لو كان فى محل لا يمكنه الرفع للقاضى أو كان بحال يفسد قبل الرفع جاز له بيعه وذكر فى الدرايضا قيل هذا مانصه لو كان المبيع مما يفسد بمكثه ثم يجد ذا به المشترى وخاف البائع تلفه جاز بيعه وشراؤه ولو باعه بأزيد تصدق به لان فيه شبهة انتهى وقوله تصدق به أى بالزائد

(فصــل فى المتفرقات) (قوله ولو رهن عصيرا الخ) اعلم ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل وفى الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق كلام المصنف حيث قال ثم صار خلا يعنى بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن ان يخلله أولا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا تضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك فى المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز فى المرتهن الكافر أولى لانه محل بالنسبة اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله ان يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية فى حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا كما لو غصب خمر ذمى فخللها والخل له وتقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجع بالزيادة من دينه ان نقصت قيمتها يوم التخليل عناية (قوله ثم تخلل بعد الخمر) صوابه بعد التخمر شيخنا (قوله وهو يساوى عشرة) يشير الى ان المعتبر فيه فى الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين بالاجماع فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا كذا فى الزيلعى وأجاب العينى بأن القيمة تزداد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه قال فى الشرنبلالية وفيه تأمل لان الكلام فى ان نقصان القيمة هل يسقط به شئ من الدين لا فى ازدياد القيمة ونقصها بازدياد القدر ونقصانه (قوله فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما ان ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء الا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا انه يتخير فى البيع لفوات وصف المبيع كما اذا تعيب فيكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود صحيحا لعود المالية المتقومة فيها أو زوال المفسد زيلعى (قوله ولا يبطل عقد الرهن) بل يفسد ويملك حبسه شرنبلالية وجه عدم البطلان انه وان كان بالتخمر خرج من كونه صالحا للايفاء اذ لم يبق مالا متقوما لكنه بصدد ان يعود بالتخلل ولهذا اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لا يبطل البيع لاحتمال صيرورته خلا فكذا هذا كذا فى الدرر ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن ان يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما كما يتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل عناية (قوله هذا اذا لم ينتقص شئ من كيله) عدل عن ظاهر قول المصنف وهو يساوى عشرة حيث اعتبر الانتقاص بالكيل دون القيمة لما قدمناه عن الزيلعى (قوله وان رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة) قيد به لانه لو كانت قيمتها اكثر من الدين يكون الجلد ايضا بعضه امانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين (قوله فماتت الشاة) بلا ذبح درر (قوله فدبغ المرتهن جلدها) بشئ لا قيمة له وان كان له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة فدبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له ان يحبسه بالدين وقيل لا يبطل عينى (قوله وهو يساوى درهما) يعنى اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهم ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كان قيمة

(فصل) فى المتفرقات ولو رهن عصيرا
قيمته عشرة بعشرة (فتخمر) عند المرتهن
(ثم تخلل) بعد التخمر (وهو يساوى عشرة
فهو رهن بعشرة) ولا يبطل عقد الرهن
هذا اذا لم ينتقص شئ من كيله وأما اذا
انتقص شئ من كيله بالتخمر سقط الدين
بقدره (وان رهن شاة قيمتها عشرة)
بعشرة (فماتت) الشاة (فدبغ)
المرتهن (جلدها وهو يساوى درهما

فهورهن بدرهم) فيفتكه الراهن بدرهم ولا شئ عليه غيره (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف) يكون (للراهن وهو) أى النماء (رهن مع الاصل) فيحبسه حتى يستوفى الدين (و) لكن لو هلك النماء (يهلك مجانا) ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه وقال الشافعى رحمه الله النماء ليس برهن وهو قول مالك رحمه الله ثم تخصيص هذه الاشياء المذكورة بالذكر يشير الى أنه لا يكون كسبه رهنا مع الاصل (وان بقى) أى النماء (وهلك الاصل فك) النماء (بحظه بان يقسم الدين على قيمته) أى قيمة النماء (يوم الفكاك) أى الفك (و) على (قيمة الاصل يوم القبض ويسقط) أى فما أصاب الاصل يسقط (من الدين حصة الاصل و) ما أصاب النماء (فك) الراهن (النماء بحصته) هذا اذا كان الدين مثل قيمة الجارية يوم القبض أو أقل وان كان الدين أكثر بأن كان الدين مائة وقيمة الامة خمسون وقيمة الولد عشرون يقسم القدر المضمون عليهما وذلك سبعون فما أصاب الامة سقط وذلك خمسة اسباعه وما أصاب النماء وذلك سبعان افتكه الراهن به (وتصح الزيادة فى الرهن) بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بعشرة (لا فى الدين) هذا عندهما وهو القياس صورته رجل رهن عبدا بمائة وقيمته مائتان ثم أخذ من المرتهن مائة أخرى وجعل العبد رهنا بمائتين فانه لا يصير العبد رهنا بالدين الحادث حتى اذا مات العبد يسقط الدين الاول ويبقى الدين الثانى بلا رهن وقال أبو يوسف تجوز الزيادة فى الدين أيضا

الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مساوخة ثمانية كانت درهمين عناية (قوله فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا صلح بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود وقيل ويعود البيع ايضا درر وعلى هذا القيل لا فرق بين البيع والرهن فيما اذا هلك المبيع او المرهون ثم حيى بعضه حيث يعود حكم كل منهما بقدر ما حيى (قوله يكون للراهن) لتولده من ملكه درر (قوله وهو رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق لازم فيسرى اليه درر (قوله ولكن لو هلك النماء الخ) كذا لو استهلكه باذن المالك بان قال مهما زاد فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين فيجوز تعليقه بالشرط كما فى الشرنبلالية وان لم يفتك الرهن حتى هلك فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى أكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما أصاب الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه كما فى التبيين والحاصل ان فى جواز انتفاع المرتهن بزوائد الرهن باذن الراهن خلافا فمنهم من قال يكره الانتفاع ولو بالاذن لانه ربا قال العلائى قلت وتعليله يفيد انها تحريمية ومنهم من قال بالاباحة كالزيلعى وعزاه فى شارح التنوير الى الجواهر ومثله فى القنية والخانية وكثير من الشروح قال الحموى فى حاشية الاشباه وعليه الفتوى (قوله يهلك مجانا ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه) لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل الاصل لعدم دخولها تحت العقد مقصودا درر (قوله وهو قول مالك) ظاهر كلام العينى ان خلاف مالك فى الثمن فقط (قوله يشير الى انه لا يكون كسبه الخ) كذا أجرة الرهن وغلة الارض لا تكون رهنا مع الارض اتفاقا لان الخلاف فى الزوائد التى هى أعيان منفصلة متولدة من الرهن ولو كانت متصلة كالسمن والكبر تكون فى حكم الاصل اتفاقا حموى عن شرح المجمع لابن فرشته والاصل كما فى الدر عن مجمع الفتاوى ان كل ما يتولد من عين الرهن يسرى اليه الرهن وما لا فلا كالهبة والصدقة (قوله بان يقسم الدين على قيمة النماء يوم الفكاك الخ) فلو هلك النماء بعد هلاك الاصل قبل الفكاك هلك مجانا لانه انما يقابله شئ من الدين بالفكاك كذا فى الزيلعى والفكاك بالفتح وقد يكسر ما يفتك به الرهن قاموس (قوله وعلى قيمة الاصل يوم القبض) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مضمونة بالفكاك اذا بقى الى وقته أى وقت الفكاك والتبع يقابله شئ اذا كان مقصودا كولد المبيع فانه قبل القبض لا حصة له من الثمن فاذا قبضه المشترى وصار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن درر حتى اذا تقايلا بعد موت الولد ينقسم الثمن عليها وعلى ولدها فما أصاب الولد سقط عن البائع وما أصاب الام يرده على المشترى شيخ شاهين (قوله فيسقط من الدين الخ) صورته رهن جارية تساوى ألفا بمائة وخمسين درهما فولدت ولدا يساوى خمسمائة ثم هلكت الأم وبقى الولد فانه يسقط من الدين مائة لانه حصة الأم لان قيمتها ألف يوم القبض ويسلم الولد الى الراهن ويستوفى الخمسين لان حصة الولد من الدين خمسون على اعتبار الثلث والثلثين وقيمة الولد يوم الفكاك معتبرة عينى (قوله يقسم القدر المضمون عليهما) أى على قيمة الامة والدين (قوله وذلك سبعون) أى المضمون (قوله وذلك خمسة اسباعه) أى اسباع المضمون (قوله لا فى الدين) يعنى ان الزيادة فى الدين لا تصح بمعنى ان الرهن لا يكون رهنا بالزيادة مع الاصل وأما نفس الزيادة فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الاولى جائزة اجماعا كما فى الزيلعى (قوله هذا عندهما وهو القياس) فعلى هذا تكون هذه المسئلة مما قدم القياس فيه على الاستحسان حموى رحمه الله (قوله وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز الزيادة فى الدين أيضا) لان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع ولهما ان الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن لان بعضه يصير بمقابلة الدين الاول وبعضه بالثانى وهو غير مشروع عندنا والزيادة فى الرهن توجب الشيوع

فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن هداية وزيلعى (قوله وقال زفر والشافعى لاتجوز فيهما) قياسا للزيادة فى الرهن على الزيادة فى الدين ولنا ان الرهن اذا زيد يصير الشيوع فى الدين لان الزائد يصير بمقابلة بعض الدين والشيوع فيه لايبطله ولهذا جاز الرهن ببعض الدين ولا كذلك الزيادة فى الدين والخلاف مع زفر والشافعى فى الرهن أى فى زيادة الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء بان زوج المولى امته من رجل بمهر مقدر ثم زوج المولى أمة أخرى منه بذلك المهر وقبل الزوج يصح وينقسم الالف عليهما شرح مجمع وهداية وغاية (قوله فدفع عبدا آخر الخ) قيد بكون المدفوع عبدا مماثلا للرهن لانه لو كان بخلافه كان الحكم بخلافه لما فى الخانية رجل رهن عند انسان عبدا بألف درهم ثم جاء الراهن بجارية وقال خذها مكان العبد فانه يصح ذلك اذا قبض والاول رهن مادام فى يده يهلك بالدين والثانى امانة يهلك من غير شئ فاذا قبض الثانى يخرج الاول من ان يكون رهنا رد الاول على الراهن أم لم يرد ويكون الثانى رهنا لو هلك يهلك بقيمة نفسه لابقيمة الاول انتهى (قوله حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل فى ضمانه بالقبض والدين فلايخرج عنه مابقيا الا بنقض القبض فاذا كان الاول فى ضمانه لايدخل الثانى فيه لانهما رضيا بدخول أحدهما فاذا زال الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثانى يد امانة ويد المرتهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة كما عرف والمضمون انما هو المالية فقط وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ومافى الدرر من قوله ويد الراهن يد استيفاء وضمان صوابه ويد المرتهن كما فى الشرنبلالية ولو أبرأ المرتهن الراهن عن دينه أو وهبه له فهلك الرهن هلك مجانا لسقوط الدين الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع ولا يشترط لسقوط الدين بالابراء قبوله خلافا لظاهر قوله فى الدرر فقبل بدليل مافى الشرنبلالية عن جامع الفصولين أبرأ مديونه فسكت يبرأ ولورده يرتد برده انتهى ولو قبض المرتهن دينه كله أو بعضه من راهنه أو غيره كمتطوع أو شرى المرتهن بالدين عينا أو صالح عن دينه على شئ ثم هلك رهنه فى يد المرتهن هلك بالدين ورد ما قبض الى من أدى ووجه الفرق كما فى الهداية ان الابراء يسقط الدين أصلا وبالاستيفاء لايسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة بمثله فأما الدين فى نفسه قائم فاذا هلك الرهن يتعذر الاستيفاء الاول فانتقض الثانى وكذا اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه كذا فى الهداية قال فى الدرر ومفاده عدم بطلان الصلح وان الدين ليس بأكثر من قيمة الرهن والا فينبغى أن لا تبطل الحوالة فى قدر الزيادة قهستانى انتهى وكذا لو تصادقا على ان لادين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه بخلاف الابراء كذا أطلقه فى الهداية لكن فى الزيلعى عن مبسوط شمس الائمة اذا تصادقا على ان لادين قبل هلاك الرهن ثم هلك يهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لايبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى انه الصواب واعلم ان صاحب الدرر قد تناقض لانه قد ذكر أولا ان الدين لا يسقط بالاستيفاء ونحوه فاقتضى عدم سقوطه بالابراء أيضا ثم ذكر ما يناقض ذلك حيث نص على مخالفة الابراء لغيره ومن هنا ذكر عزمى زاده ان زيادة ونحوه مفسدة

(كتاب الجنايات)

(قوله وهو أى الجناية) وذكر الضمير مراعاة للخبر حموى وهو أولى من مراعاة المرجع شيخنا (قوله وهو ما يجنيه من شر) من تسمية المفعول بالمصدر (قوله وقد خص) أى شرعا حموى (قوله بما يحرم من الفعل) سواء تعلق بمال أو نفس درر (قوله ولكن فى لسان الفقهاء يراد بالجناية الخ) أى فى هذا الكتاب والافغانيات الخ لاتتعلق بنفس الآدمى ولا طرفه مع اطلاق الفقهاء عليها الجناية شرنبلالية

وقال زفر والشافعى لاتجوز فيهما واذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه الزيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين (وان رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل) من العبدين (ألف فالاول رهن) كما كان (حتى يرده الى الراهن) فلو هلك قبل الرد يضمن المرتهن (والمرتهن فى) العبد (الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) فلو هلك عنده قبل ان يرد الاول الى الراهن لايضمن المرتهن

(كتاب الجنايات)

هى جمع جناية وهو ما يجنيه من شر أى يحدثه ويكسبه وهى فى الاصل مصدر جنى عليه شيئا جناية وهو عام فى كل ما يقبح ويسوء وقد خص بما يحرم من الفعل وأكثر فى لسان الفقهاء

(قوله يراد بالجناية الفعل المحرم الخ) فحينئذ يكون عاما أريد به الخصوص حموى (قوله الواقع فى النفوس والاطراف) والاول يسمى قتلا والثانى يسمى قطعا وخصوا الغصب والسرقة بما تعلق بالاموال ولا ضير فى ذلك اذ للعرف خبرة فى تخصيص الاسامى (قوله وانما جمعها الخ) لا حاجة الى هذا حيث كان المراد بالجناية ما يجنى وانما يحتاج الى هذا ان لو كانت الجناية باقية على معناها المصدرى حموى (قوله بين اللقب والملقب) أى بين الاسم والمسمى حموى (قوله كما قال تعالى) الكاف للتعليل وما مصدرية أى لقوله تعالى (قوله الا ان الرهن وسببه الخ) لو قال الا ان المال وسيلة للنفس فقدم كما فى الدرر لكان أولى لان المقصود بالبيان انما هو احكام الجنايات ولا شك انها مشروعة بالكتاب والسنة فلا وجه لتأخيرها من هذه الحيثية وان اجيب بأن كلا من الرهن والجناية من افعال المكلفين ويبحث فى كل منهما عما يتعلق بفعل المكلف من الاحكام الخمسة ولا شك فى جواز الرهن وحظر الجناية وهذا كاف فى التقديم حموى (قوله وسببه) أى سبب الرهن وهو الدين حموى (قوله والجناية حكمها مشروع) وهو القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث واما نفس الجناية وسببها الذى هو البغى والعدوان فليسا بمشروعين حموى مع زيادة لشيخنا (قوله فقدم الرهن عليه) أى على كتاب الجنايات والفاء فى قوله فقدم فصيحة حموى (قوله القتل على خمسة اوجه) هذا تقسيم أبى بكر الرازى واختاره المتأخرون وعلى ما ذكره فى المبسوط ثلاثة أقسام عمد وخطأ وشبه العمد ولعله انما اقتصر على الثلاثة تبعا لمحمد ولم يذكر القتل بسبب وما جرى مجرى الخطا لان قصده بيان أحكام القتل مباشرة والقتل بسبب ليس فيه مباشرة وما جرى مجرى الخطا وان كان فيه مباشرة لكن لما كان حكمه حكم الخطا لم يذكره كما فى حاشية الشلبى والمراد بيان ما تتعلق به الاحكام الآتية والا فالقتل انواع كثيرة كالرجم والقصاص وقتل الحربى والمرتد والقتل صلبا فى حق قطاع الطريق وهو فعل مؤثر فى ازهاق الروح أى فعل مخلوق وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى موتا درر وحموى ثم رأيت العلامة الوانى ذكر ان هذه الانواع يعنى ما سبق من الرجم ونحوه غير خارجة عن الاقسام الخمسة التى ذكرها الرازى غير انه لم يترتب عليها القود ولا الدية لكونها باذن الشرع الخ (قوله وهو ما تعمد ضربه بسلاح) ما مصدرية تقديره وهو تعمد أى قصد ضربه أى ضرب انسان والقصد لا يوقف عليه فاقيم استعمال الآلة المعدة له غالبا مقامه تيسيرا كما فى نظائره كالسفر اقيم مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل كما فى الزيلعى فالمقتول بالبندقة يقتص له اذ هى آلة يقصد بها القتل وتجرح وتفرق الاجزاء قال شيخنا وقد رجع الى هذا من كان ينازع فى كون القتل بها عمدا لا يوجب القصاص فان قلت فى تعبير المصنف بالضرب تسامح ولهذا عرف فى الدرر العمد بقوله وهو قتل آدمى قصدا قال ولا يخفى ما فى قول الوقاية ضربه قصدا من التسامح انتهى قلت قال شيخنا لا نسلم ما ادعاه من التسامح فانه من باب ذكر السبب وارادة المسبب أى ازهاق الروح بالضرب القوى والا فلا شك ان الضرب ليس عين القتل عمدا انتهى ثم رأيت العلامة الوانى اجاب بأنه انما اختاره صاحب الوقاية ليعلم من أول الامر ان القتل المعتبر فى هذا الباب ما يكون بالضرب لا بفعل آخر مع سهولة انفهام المعنى المقصود لان ضمير ضربه راجع الى المقتول لا القاتل ومنه يفهم ان المراد بالضرب الفعل المفضى الى ازهاق الروح انتهى وقوله بالضرب لا بفعل آخر كما لو سقاه سما كما سيأتى واحترز بقوله من أول الامر عما عساه يقال انفهام كون القتل حصل بالضرب لا بفعل آخر يستفاد من قوله بنحو سلاح (قوله كالمحدد) حتى لو قتله بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند أبى حنيفة وفى الخانية لا يشترط الجرح فى الحديد وما يشبهه كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية كذا فى الدرر والزيلعى وهو ظاهر فى ترجيح عدم اشتراط الجرح فى الضرب بالحديد ونحوه لكونه ظاهر الرواية ومقابل ظاهر الرواية رواية الطحاوى عن أبى حنيفة فعلى رواية الطحاوى يعتبر الجرح سواء كان حديدا أو عودا او حجرا بعد ان يكون آلة يقصد بها الجرح قال الصدر الشهيد وهو

مراد بالجناية الفعل المحرم الواقع فى
النفوس والاطراف وانما جمعها
باعتبار أنواعها رعاية للتناسب بين
اللقب والملقب ثم المناسبة بين الكتابين
ان الرهن شرع لاحياء الدين ووقايته
وصيانته من الهلاك وكذا الجناية
حكمها شرع لصيانة النفوس واحيائها
كما قال تعالى ولكم فى القصاص حياة
الا ان الرهن وسببه مشروعان والجناية
حكمها مشروع فقدم الرهن عليه القتل
على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا
وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب
(موجب القتل) حال كونه (عمدا
وهو ما تعمد ضربه بسلاح كالسيف
(ونحوه فى تفريق الاجزاء كالمحدد من
الخشب و) من (الحجر

الاصح اذ المعتبر عند أبي حنيفة الجرح كذا في الشرنبلالية عن الخلاصة فقد اختلف الترجيح ومن المحدد القتل بالمسلة لا بالابرة كما في الاختيار لان الابرة لا يقصد بها القتل عادة و يقصد بالمسلة وفي رواية أخرى ان غرز بالابرة في المقتل قتل والا فلا وبه جزم في الدر من غير ذكر خلاف وفيه عن المجتبى واحماء التنور يكفي للقود وان لم يكن فيه نار (قوله ومن الليطة) هي قشر القصب اللازق به (قوله والنار) لانها تعمل عمل الحديد في الذكاة حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في الذكاة وسال بها الدم حل وان انحسم ولم يسل الدم لا يحل كذا في النهاية ولا فرق في كون القتل بها عمدا موجبا للقصاص بين ان يكون احرقه بها او القاه فيها سواء مات من يومه ذلك ام لا اذا استمر صاحب فراش حتى مات وان كان يجيء ويذهب ثم مات لم يقتل كما في الخانية (قوله الاثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقال عليه الصلاة والسلام سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وهذا وان كان تأويله قتاله لاجل اسلامه فظاهره كما في النهاية يدل على عظم الجناية في قتل المسلم فلهذا كان ابن عباس لا يرى التوبة لقاتل العمد وان لم نأخذ بقوله الخ لا يقال المدعى عام للمؤمن والذمي والآية خاصة بالمؤمن لان موجبها في المؤمن ثبت بعبارة النص وفي الذمي بدلالته لتحقق المساواة في العصمة فان قيل الآية دليل للمعتزلة على خلود مرتكب الكبيرة في النار يقال ذاك في المستحل او يراد بالخلود طول المكث او الوعيد الشديد تنبيها على عظم تلك الجناية (قوله والقود عينا) نصب على الحال من القود أي متعينا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد العمد لحديث العمد قود أي موجبه القود ولامه للجنس وهو مشهور كما في شرح الدر للغزي عن الاكمل وما في الدرر من ان الحديث خبر واحد فلا يجوز تقييد المطلق به وان تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد قبل ان يخصص لا يجوز رده اما بالنسبة لقوله ومن ادعى الشهرة فعليه البيان فلما ذكره عزمي من انه لا يلزمنا البيان مع نقل الثقات له واما بالنسبة لقوله وان تخصيص عام الكتاب الخ فلما في الشرنبلالية من انا لا نسلم ان العام لم يخصص أولا بل خص منه ما لو قتل غير محقون الدم على التأبيد وخص منه قاتل من بينه و بينه شبهة ولادا وشبهة ملك الخ (قوله الا ان يعفى الخ) على صيغة المجهول اى الا ان يعفو ولي القصاص او يصالح على شيء ولو بمثل الدية او أكثر در عن ابن الكمال والصلح عفو أيضا الا انه يدل شرنبلالية ولو قتل مسلما لا ولي له عمدا فالامام يختار الاصلح من أخذ الدية او القتل وليس له العفو مجانا ولو عفا الولي عن نصف القصاص سقط الكل ولا ينقلب الباقي مالا شلبي عن الزيلعي وقوله فالامام يختار الاصلح من أخذ الدية او القتل الخ ظاهره انه ليس له الصلح على ما هو أقل من الدية وهو خلاف ما يتبادر من عبارة الدرر ونصه من باب ما يوجب القود وما لا يوجبه رجل قتل رجلا عمدا لا ولي له للامام قتله والصلح الخ ومثله في الدر اللهم الا ان يكون المراد بالصلح خصوص ما اذا كان على قدر الدية بقي ان يقال تقييد الشلبي بالمسلم لا مفهوم له او نقول أراد به معصوم الدم فعم الذمي (قوله اى ليس موجب القتل عمدا الكفارة) سواء كان عمدا يجب فيه القصاص أولا كالاب اذا قتل ابنه عمدا وقتل من أسلم في دار الحرب عمدا ولم يهاجر الينا در عن النهاية لكن في الخانية لو قتل مملوكه او ولده المملوك لغيره عمدا كان عليه الكفارة در (قوله وقال الشافعي تجب الكفارة) لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطا فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بها ولان تعيين الكفارة في الشرع للادنى لا يعينها للاعلى هداية (قوله وشبهه) بالرفع عطف على قوله موجب القتل والمضاف اليه محذوف والتقدير وموجب شبه القتل عمدا فلما حذف المضاف اقيم هو مقامه وارتفاعه في الحقيقة بالابتداء كذا ذكره العيني ويجوز جره عطفا على القتل وهو مقتضى مزج الشارح وهو بفتح الشين والباء ويجوز ان يكون بكسر الشين وسكون الباء أي نظيره سمي شبه العمد لان فيه معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل الى الضرب ومعنى الخطا باعتبار عدم قصده الى القتل لان الآلة التي استعملها ليست آلة القتل والعاقل انما يقصد الى كل فعل بآلة فكان خطأ يشبه العمد درر (قوله فهو عمد عندهم خلافا له) أي

و) من (الليطة والنار) بالجر عطف على المحدد (الاثم) بالرفع على انه خبر (والقود عينا الا ان يعفى) ثم القود واجب عينا وليس للولي أخذ الدية الا برضى القاتل عندنا وهو أحد قولي الشافعي وفي قوله الآخر ان موجب العمد القصاص أو الدية ويتعين ذلك باختيار الولي وحق العفو للاولياء من العصبة وذوي الارحام والزوجين في ظاهر الرواية وقال الليث بن سعد العفو للعصبة دون غيرها (لا الكفارة) أي ليس موجب القتل عمدا الكفارة ايضا وقال الشافعي تجب الكفارة (و) موجب (شبهه) أي شبه قتل العمد (وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر) أي بما ليس بسلاح وما جرى مجراه في تفريق الاجزاء عنده وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو ان يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب كالعصا والسوط والحجر واليد فلو ضربه بحجر عظيم أو خشبة عظيمة فهو عمد عندهم خلافا له ولو ضربه بسوط صغير ووالى في الضربات حتى مات يقتص منه عند الشافعي خلافا لنا (الاثم) بالرفع

عند الصاحبين والشافعى خلافا لابى حنيفة (قوله والكفارة) لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية درر (قوله على العاقلة) لاجماع الصحابة على ذلك عينى (قوله لا القود) لشبهه بالخطا نظرا الى الآلة الا ان يتكرر منه فللامام قتله سياسة در عن الاختيار (قوله وهو ان يرمى شخصا حربيا) هذا أحد نوعى الخطا لانه يتنوع الى نوعين الى خطأ فى القصد وخطأ فى الفعل وانما كان هذا من قبيل الخطا فى القصد لانه لم يخطئ فى الفعل حيث اصاب ما قصد رميه وانما اخطأ فى القصد أى الظن حيث يظن المسلم حربيا (قوله فاذا هو مسلم) ولو عبدا كما فى الدرر قال وانما قال ولو عبدا لدفع توهم ان العبد مال وضمان الاموال لا يكون على العاقلة فان المعتبر آدميته لا ماليته (قوله او غرضا الخ) وهذا هو النوع الثانى من الخطا فانه اخطأ فى الفعل الى القصد فيكون معذورا لاختلاف المحل بخلاف ما اذا تعمد بالضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص اذ جميع البدن محل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل فى كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكرا والاجتماع بأن يرمى آدميا يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس درر ومراده التنبيه على ان قوله اما فى القصد او فى الفعل منفصلة مانعة الخلو لا مانعة الجمع عزمى زاده (تتمة) أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وابانه فهو خطأ كما فى العناية ولو عنقه فعمد قطعا كما فى الدر والغرض بالغين المعجمة والراء المهملة المفتوحتين آخره ضاد معجمة الهدف الذى يرمى اليه نوح أفندى (قوله فأصاب السهم آدميا الخ) او رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب رجلا أو قصد رجلا فأصاب غيره أو أراد رجلا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لانه اخطأ فى اصابة الحائط ورجوعه سبب آخر والحكم يضاف لآخر أسبابه ابن كمال عن المحيط قال وكذا لو سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا لتحقق الخطا فى الفعل ولا قصد فكلام صدر الشريعة فيه ما فيه در ومن الخطا ما ذكره فى الدرر فى الباب الآتى لا قود بقتل مسلم مسلما ظنه مشركا بين الصفين بل يكفر و يؤدى أى يعطى الدية لانه ليس بعمد بل خطأ انتهى وفى قوله بين الصفين اشعار بأنه لو كان المسلم فى صف المشركين فلا كفارة ولا دية لان من فى صفهم مباح قهستانى عن التمرتاشى (قوله كنائم انقلب على رجل الخ) فان قلت ليس هذا خطأ لعدم قصد النائم الى شئ حتى يكون مخطئا المقصوده قلت لما وجد فعله حقيقة وجب ضمان ما تلف كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطئ (قوله لا اثم القتل) أى القتل العمد لقرينة قوله ولا يعرى عن الاثم لترك المبالغة لانه ارتكب المحظور فى قتل الخطا لانه لو لم يكن محظورا لم يجب فيه شئ من الكفارة والدية لان فاعل المباح لا يلزمه شئ وقد وجبت عليه الكفارة وهى تؤذن بالاثم حموى عن البناية (قوله كحافر البئر وواضع الحجر) أى بغير اذن من السلطان الا اذا مشى على البئر ونحوه بعد علمه بالحفر ونحوه در عن ابن الكمال والدرر (قوله الدية على العاقلة) لان الفاعل باشر سبب التلف وهو متعد فيه فكانه موقع فى البئر ودافع على الحجر درر ولو سقاه سما فقتله فهو مسبب لانه لم يقتله مباشرة وان دفعه اليه فشربه فلا شئ عليه ولا على عاقلته لان الشارب هو الذى قتل نفسه فصار كما اذا تعمد الوقوع فى البئر كذا فى الاختيار (قوله والكل يوجب حرمان الارث لو القاتل مكلفا الا هذا) أى كل أنواع القتل من عمد وشبه عمد وخطأ الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك لعدم قتله كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى هو ملحق بالخطا فى احكامه زيلعى ودر واحترز بالمكلف عن الصبى والمجنون قال الحموى و ينبغى ان يكون المعتوه كذلك لانه ملحق اما بالصبى او المجنون (تتمة) حرم القاتل الارث لقوله عليه السلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة وفى تفسير ابن كثير ان رجلا من بنى اسرائيل كان عقيما لا يولد له وله مال كثير وكان ابن أخيه وارثه فقتله وذكر قصة البقرة وانهم ذبحوها وضربوه ببعضها فقام فقالوا من قتلك قال هذا ابن أخيه ثم مال ميتا ولم يعط من ماله شيئا فلم يورث قاتل بعد الخ من خط الشيخ عبد الحى (قوله خلافا

الشافعى

(والكفارة) وقال صاحب الايضاح وجدت فى كتب أصحابنا انه لا كفارة فى شبه العمد عند أبى حنيفة والصحيح هو الاول فقد ذكر الطحاوى والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عنده ويسقط الاثم باداء الكفارة (ودية مغلظة على العاقلة) فى ثلاث سنين (لا القود) أى ليس موجب شبه العمد القصاص (و) موجب القتل (الخطا وهو ان يرمى شخصا) ظنه صيدا او شخصا حربيا فاذا هو مسلم او غرضا) أى هدفا (فأصاب) السهم (آدميا) فقتله (و) موجب قتل (ما جرى مجراه) أى مجرى الخطا (كنائم انقلب على رجل فقتله الكفارة) أى موجبهما الكفارة لا اثم القتل ولا يعرى من الاثم بترك المبالغة (والدية على العاقلة) فى ثلاث سنين (و) موجب (القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه) متعلق بهما (الدية على العاقلة) اذا تلف به آدمى (لا الكفارة) خلافا للشافعى هذا اذا كان على ممر الناس واذا لم يكن لا دية عليه (والكل يوجب حرمان الارث لو القاتل مكلفا الا هذا) اشارة الى القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث وقال الشافعى

قوله قوله والكل يوجب الخ حق هذه القولة التأخير عما بعدها

الشافعى) لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان الفعل معدوم منه حقيقة والحق بالخاطى فى حق الضمان فبقى فى غيره على الاصل كذا فى الهداية ومافى الدرر من قوله والحق به الخطأ صوابه والحق بالخطا فى حق الضمان كما ذكرناه (قوله عمد فيما سواها) لان اتلاف مادون النفس لا يختص باٰلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس

(باب مايوجب القود ومالا يوجبه)

القود من أقاد القاتل بالقتل قتله به عزمى عن القاموس لما ذكر أنواع القتل وهى خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع فى بيان ذلك شلبى و يستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية كما فى الخانية واذا انفردت الزوجة استوفت القصاص لانه يثبت لكل وارث كملا كما سيأتى (قوله يجب القصاص) بشرط كون القاتل مكلفا وانتفاء شبهة الولاد أو الملك والمراد بالوجوب الثبوت فلا ينافى ان العفو مندوب اليه ولا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص الا بحضرة من الموكل خلافا للشافعى لانه يدرأ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته درر وخانية (فـــرع) قال الولوالجى ضرب رجلا عمدا بعمدى فه فشق الغمد وأصابه لا قود فيه لانه ما قصد ضربه باٰلة جارحة حموى (قوله بقتل كل محقون الدم على التأبيد) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه ان يسفك كما فى العناية لا يقال يرد قتل ابنه عمدا اشكالا على الكلى الذى ذكره فانه لا يجب القصاص لانا نقول يوجب ذلك القصاص أيضا ولكن سقط بحرمة الابوة وذلك عارض ولهذا كان الابن شهيدا فلا يغسل وان وجبت الدية لانه انقلب مالا للشبهة وقيل لما انقلب مالا نبطل شهادته شلبى وحموى والمراد ان يكون محقون الدم بالنظر الى القاتل لا مطلقا بدليل مافى الدرر من كتاب الجنايات قتل القاتل عمدا أجنبى عن المقتول فانه يقتص من الاجنبى للقاتل ان كان الاجنبى قتله عمدا قال العلامة الوانى فيما سبق من كتاب الجنايات والظاهر أن هذا أعم من ان يكون قبل الحكم او بعده لاحتمال عفو الاولياء بعد الحكم أيضا فيكون معصوم الدم بالنظر اليه فلا يكون كقطع يسار السارق اهـ يعنى بعد الحكم بالقطع وقوله على التأبيد حال من المصدر المفهوم من اسم المفعول واليه يشير كلام الشارح ويجوز ان يكون صفة لموصوف محذوف أى حقنا وقوله عمدا أى معمودا أى مقصودا صفة لمصدر محذوف أى قتلا عمدا وماذكره الشارح وغيره كالعينى من أنه حال من القتل تعقب بان مجئ المصدر حالا وان كان كثيرا مقصور على السماع (قوله و بالتأبيد عن المستأمن) فان فى دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص (قوله وفى التجريد لا تجب الدية الخ) أى فى قتل المستأمن و ينبغى ان يكون الاصح هو الاول لان العصمة قائمة وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال وبه جزم فى عمدة المفتى ولم يحك غيره ونقل ابن الشحنة عن مختصر المحيط ان عليه الدية بالاتفاق (قوله وقال الشافعى لا يقتل الحر بالعبد) ومما نسب اليه رضى الله عنه

خذوا بدمى هذا الغزال فانه * رمانى بسهمى مقلتيه على عمد
ولا تقتلوه اننى أنا عبده * وفى مذهبى لا يقتل الحر بالعبد وانى أفتدى

وأما قتل العبد بالحر فباجماع المسلمين شلبى قال الشافعى قوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد لا يقال لو دل قوله تعالى الحر بالحر وجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى العبد بالعبد لان الشافعى يجيب بانه تفاوت الى النقصان فلا يمنع التفاوت الى نقصان القصاص درر بزيادة ايضاح لشيخنا وقوله لان الشافعى يجيب الخ تعقبه عزمى بانه تعليل على خلاف النص وهو غير معتبر وان كان على طريقة دلالة النص انتهى قال شيخنا لانه لا يشترط فى دلالة النص ان يكون الحكم فى المسكوت اولى عند الشافعى

يوجب خومان الارث (وشبه العمد فى) (النفس عمد فيما سواها) من الاطراف حتى لو ضرب بخشبة على مفصل يد انسان فابانها اقتص منه *(باب مايوجب القود ومالا يوجبه)* (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم) أى محفوظ الدم حال كون الحقن ثابتا (على التأبيد) ويجب القصاص بقتله حال كونه (عمدا) واحترز بمحقون الدم عن مباح الدم كالزانى المحصن والمرتد وبالتأبيد عن المستأمن (و يقتل الحر بالحر) اذا لم يأمر المقتول القاتل بقتله أما اذا أمره بان قال له اقتلنى لا يجب القصاص وتجب الدية فى أصح الروايتين وعن أبى حنيفة رحمه الله وفى التجريد لا تجب الدية وهو قولهما ولو قال له بعتك دمى بألف درهم أو بفلس فقتله يجب القصاص كذا فى الخلاصة (و) يقتل الحر (بالعبد) وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد (و) يقتل (المسلم بالذمى)

واستفيد من كلام عزمي عدم تسليم ما ذكره في الدرر حيث قال وبه أي بما ذكره من الجواب يندفع ما قال صدر الشريعة على انه ان دل يجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى والعبد بالعبد ولنا اطلاق قوله ان النفس بالنفس والتخصيص بالذكر لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل لان ابن عباس روى ان قبيلتين من العرب تدعي احداهما فضلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله هذه الآية الشريفة ردا عليهم بخلاف الاطراف لان القصاص فيها يعتمد المساواة في الجزء المبان ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد دها في العصمة وقد تساويا فيها كما في العناية ألا ترى انه يقتل الصحيح بالزمن والمفلوج وقيل الآية الثانية ناسخة للاولى (قوله خلافا للشافعي) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قتل مسلما بذمي وقول علي انما أعطوا الجزية لتكون اموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة فكأنه قال لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر فيكون مستأمنا ضرورة درر وقوله والعطف للمغايرة دفع لما عسى ان يقال يجوز ان يراد بذي العهد المسلم وطريق دفعه ان العطف يقتضي المغايرة فاذا انسد باب ارادة المسلم من ذي العهد تعين ان يراد به الذمي عزمي وذكر ان الضمير في سياقه للحديث والسياق بياء منقطة بنقطتين من تحت لان العبارة المذكورة بعد ذلك اللفظ المستدل به لا قبله وقوله ولا ذو عهد في عهده بدل من سياقه بدل الكل من الكل انتهى وعن قيس بن عباد قال انطلقت أنا والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما كان في كتابي هذا فأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث زيلعي والمراد من قوله تتكافأ دماؤهم ان دية الشريف لا تزيد على دية الوضيع وقوله ويسعى بذمتهم ادناهم أي اقلهم عددا وهو الواحد فلا يقتل من أمنه حرا أو حرة وقوله وهم يد على من سواهم أي هم عضو واحد على من سواهم (قوله ولا يقتلان بالمستأمن) بل يقتل المستأمن بمثله قياسا للمساواة بينهما الا استحسانا لقيام المبيح درر وهداية ومجتبى وغيرها وينبغي ان يعول على الاستحسان لتصريحهم بالعمل به الا في مسائل مضبوطة ليست هذه منها وقد اقتصر منلا خسرو في متنه على القياس فتبعه المصنف على عادته وبعضده عامة المتون حتى الملتقى در وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف ان المسلم يقتل بالحربي المستأمن وشبهه بالذمي لاجل الامان حموي عن مختصر الطحاوي (تتمة) وقع في عبارة الدر ما نصه لا يقتل مسلم وذمي بمستأمن غير معصوم الدم على التأبيد قال الشيخ عبد الحي الاولى ان يقول لانه غير معصوم الدم الخ وأجاب شيخنا بان قوله غير معصوم تفسير له (قوله ويقتل الرجل بالمرأة) وهذا بالاجماع الا ما روي عن علي أنه قال في الرجل اذا قتل المرأة ان اولياءها بالخيار ان شاؤا أخذوا ديتها وان شاؤا أعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه وهذا لا يصح لان الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة كما لا يجب بالفعل الواحد مهر وحد ولان التكافؤ معتبر في محل القصاص ومحل القصاص الروح فاذا تساويا في حقن الدم وجب القصاص وان اختلفا في غير ذلك ولهذا لم يجب القصاص بين الاطراف المختلفة لان التساوي في محل القصاص لم يوجد حموي عن الاقطع (قوله ولا يقتل الوالد بالولد) أي لا يقتل الاصل بفرعه قال في العناية وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن فانه يرجم وأجيب بان الرجم حق الله سبحانه وتعالى على الخصوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك صار شبهة في الدرء (قوله وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف الخ) لانه يحتمل التأديب عيني (قوله وان ذبحه ذبحا الخ) لعدم احتمال

التأديب

خلافا للشافعي (ولا يقتلان) أي المسلم والذمي (بالمستأمن) وقال الشافعي يقتل الذمي بالمستأمن وتقطع يده بسرقة ماله كذا في النهاية (و) يقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون (و) يقتل (الولد بالوالد ولا يقتل الوالد بالولد) مطلقا وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص

التأديب ولنا اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده (قوله والام والجد)
والجدة كالاب سواء كانا من جهة الاب أو الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة
فكانت الشبهة شاملة للجميع كما في الزيلعي وسواء كان في نفس او طرف وحينئذ فتجب الدية في مال القاتل
في ثلاث سنين لان هذا عمد والعاقلة لا تتحمل العمد وكذا لا قصاص على شريك الاب او المولى أو المخطئ
او الصبي او المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله كما في الدر عن الملتقى ووجهه كما نقله شيخنا عن
الاختيار أنه قتل حصل بسببين أحدهما غير موجب للقود وهو لا يتجزأ (قوله ولا يقتل الرجل بعبده الى
قوله وبعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه القصاص على نفسه ولا ولده عليه كذا في الهداية وفي الخانية
أنه يعزر ولا يجب القصاص ولا الدية وهل تلزمه الكفارة بقتل عبده سبق ما فيه من الخلاف عن الدرر
والدرر بالعز والى النهاية والخانية وكذا اذا قتل ولده المملوك لغيره تلزمه الكفارة على ما سبق عن الخانية
وقوله في الهداية ولا ولده عليه بالرفع عطفا على يستوجب (قوله وبعبد ولده) كذا أم الولد وابن أم
الولد شيخ عبد الحي بخلاف ما لو قتل عبد أبيه فانه يقتل به حموي (قوله وبعبد ملك بعضه) لان القصاص
لا يتجزأ فيسقط بسقوط بعضه كما في الزيلعي (قوله وان ورث الولد الخ) عبارة متن الدرر ويسقط قود نفس
وما دونها ورثه على أبيه وصورته في الشارح بقوله بان قتل أبوه امه او قطع يدها عمدا قال المحشي عزمي
وقوله وما دونها زيادة منه على ما في المتون وقوله في الشرح او قطع يدها مبني على تلك الزيادة ولعلها غير
صواب كيف وفي هذه الصورة لا يتصور الارث انتهى لان القصاص في الاطراف لا يجري بين الرجل
والمرأة شيخنا وما في الواقعات قطعت امرأة يد رجل كان له القود لان الناقص يستوفي بالكامل اذا
رضي صاحب الحق انتهى خلاف المشهور ردر في باب القود فيما دون النفس (قوله على أبيه) لو قال على
أحد أبويه كما في النقاية لكان أولى قات والجد والجدة كالاب والام (قوله بقتل أمه) تبع الشارح
في هذا التصوير صدر الشريعة وتعقب بان ثبوته للابن في هذا ابتداء لا ارثا بل صورة الارث ان يقتل
الاب أخا امرأته ولا وارث له غيرها ثم ماتت المرأة فان ابنها منه يرث القود الواجب على أبيه فيسقط وان
اتحد الحكم في الصورتين در (قوله سقط القصاص) لان الفرع لا يستوجب العقوبة على أصله در
وفيه الدية في مال القاتل كما سيجيء في فصل الشجاج (قوله لا يضمن شيئا) يعني ويعزر ويصير مستوفيا
بأي طريق قتله ولو بالقائه في بئر شرنبلالية عن البدائع (قوله يفعل به مثل ذلك) لان مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء
الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم بان كسر عظم انسان سوى
السن عمدا فانه لا يقتص أصلا فاذا جاز ترك القصاص أصلا فلان يسقط النقص أولى هداية مع كفاية
(قوله أولا) اشار الى أن قول المصنف وله وارث قيد اتفاقي (قوله يقتص المولى عندهم في الثانية) لان
الجراحة وقعت والولاية للمولى وحصل الموت وهو المستحق لان الكتابة بطلت بموته عاجزا وعاد الى الرق
واذا ثبت الاستحقاق في الحالين حال الجراحة والموت كان له القصاص كما في العبد القن وليس كالعبد
المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في المنتقى عن الامام ان لا قصاص لان بعجز المكاتب تنفسخ الكتابة
وبموت المعتق لا ينفسخ عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له
الاستحقاق بشيئين مختلفين حموي (قوله وقالا يقتص في الاولى أيضا) وجه قول الامام وابي يوسف
في المشهور انه لا اشتباه في ولي القصاص لانه هو المولى في الحالين لان حق القصاص له وقت الجراحة
لبقاء الرق ووقت الموت أيضا بحكم الولاء حموي (قوله وقال محمد لا قصاص فيهما) وقع في نسخة
السيد الحموي فيهما بضمير التثنية فلهذا قال الصواب فيها بافراد الضمير وجه قول محمد وهو الاستحسان
ان السبب مختلف لان وقت الجناية كان له حق القصاص لاجل الملك ووقت الموت يجب له لاجل
المنكبرات فاذا اشتبه السبب تمت الشبهة في القصاص وهو يدرأ بالشبهات لان للقاضي لا يدري بأي

(والام والجد) أي وان علا (والجدة)
أي وان علت (كالاب ولا) يقتل
الرجل أيضا (بعبده و) مدبره ومكاتبه
(و) بعبد ولده و) بعبد ملك بعضه وان
ورث) الولد (قصاصا على أبيه) بقتل
أمه مثلا (سقط) القصاص (وانما
يقتص) أي لا يستوفى القصاص الا
(بالسيف) ونحوه من السلاح مطلقا
وان حصل القتل بآلة اخرى
واستوفى بغيره لا يضمن شيأ وقال
الشافعي ان حصل القتل بطريق
غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله
أو لاط بالصغير حتى قتله يقتل
بالسيف وان كان بطريق مشروع
يفعل به مثل ذلك الفعل ويمهل مثل
تلك المدة فان مات فيها والا تحز رقبته
نحو ما اذا قطع يد انسان عمدا فمات
منه تقطع يد القاتل فان مات في تلك
المدة فيها والا تحز رقبته (مكاتب
قتل عمدا وترك) المكاتب (وفاء
ووارثه سيده فقط أولم يترك وفاء وله
وارث) حر غير سيده أولا (يقتص
المولى عندهم في الثانية وقالا يقتص
في الاولى أيضا وقال محمد رحمه الله
لا قصاص فيها

سبب يقضى حموى عن البناية واجاب فى الاختيار عن كلام محمد بان اختلاف السبب لا يفضى الى المنازعة (قوله وان ترك وفاء ووارثا لا) كذا لا قود بقتل عبد المكاتب ولا بقتل ابنه شرنبلالية عن المحيط (قوله لا يقتص وان اجتمعا) بالاجماع كما ذكره العينى لان الصحابة اختلفوا فى موته حرا أو رقيقا فعلى الاول الولى هو الوارث وعلى الثانى المولى فاشتبه من له الحق فارتفع القصاص درر كعبد جرح فباعه فمات فى يد المشترى لا يثبت القصاص للمشترى لانه لم يكن له حق عند الجراحة حموى وتجب قيمته فى مال القاتل كما فى شرح المجمع (قوله حتى يجتمع الراهن والمرتهن) انما وجب حضور المرتهن ليسقط حقه برضاه ولا يرجع به على الراهن كما فى شرح المجمع واستشكله فى الكفاية بان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف يعتبر رضاه لسقوط حقه قال ويمكن الجواب عنه بان الاستيفاء غير متقرر لاحتمال عدم القود اما بالصلح اوبدعوى الشبهة فى القتل فيصير خطأ شرنبلالية (قوله فاذا اجتمعا كان للراهن ان يستوفى القصاص) لان المرتهن لا ملك له فلا يلى القصاص والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الرهن فشرط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وان اختلفا فلهما القيمة تكون رهنا مكانه ولو قتل عبد الاجارة فالقود للمؤجر واما المبيع اذا قتل فى يد البائع قبل القبض فان أجاز المشترى البيع فالقود له وان رده فللبائع القود وقيل القيمة در عن الجوهرة (قوله وذكر فى العيون الخ) قال فى الظهيرية وهو أقرب الى الفقه شرنبلالية كالمكاتب الذى ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بيناه زيلعى (قوله لا يثبت القصاص لهما) لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لما فيه من ابطال حق المرتهن زيلعى (قوله ولابى المعتوه القود) لانه شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ ونحوه زيلعى وغيره ورده الاتقانى فى غاية البيان بانه لا فرق بين الاب وغيره من العصبات ويستوى فيه الاقرب فالاقرب منهم انتهى قال شيخنا لاشتراك غير الاب معه فى العلة (قوله والصلح) لانه انفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الاولى زيلعى (قوله ويجب كمال الدية) لانه انظر للمعتوه ونظر فيه الاتقانى بان لفظ الجامع الصغير مطلق فينبغى جواز الصلح مطلقا لانه اذا جاز له القصاص ولا مال فيه فالصلح ولو بقليل أولى واستشهد بقول الكرخى واذا صالح عن قصاص فى نفس اوفيما دونها جاز قليلا كان المال أو كثيرا وهو حال فى مال الجانى حموى لكن ذكر فى حاشية الشلبى نقلا عن قارى الهداية ان اعتراض الاتقانى وهم وأقول كيف يكون وهما مع ما صرح به الكرخى حيث قال قليلا كان المال أو كثيرا (قوله لا العفو) لانه ابطال لحقه بلا بدل ولا مصلحة عينى وكذا ان قطعت يد المعتوه عمدا هداية (قوله بقتل وليه) كابنه وامه واضافته من اضافة المصدر الى مفعوله أى بقتل الغير ولى المعتوه كذا بخط شيخنا (قوله والقاضى كالاب فى الصحيح) مفهومه انه فى غير الصحيح كالوصى وثمرة الخلاف تظهر فى القود فان قلنا انه كالاب ملك القود وان قلنا انه كالوصى لم يملك الا الصلح فقط ومن قتل ولا ولى له فللحاكم القتل والصلح بقدر الدية لا العفو لانه ضرر للعامة وكذا اذا قتل اللقيط فى قول أبى حنيفة ومحمد وأطلق فى المعتوه فعم ما لو طرأ عليه العته بعد البلوغ وهو قول ابى يوسف خلافا لزفر شلبى (قوله والوصى يصالح عن قتل النفس فقط) أى لا يقتص لان ولاية القصاص تابعة لولاية النفس وهى مختصة بالاب درر والمراد الاختصاص النسبى بالنظر الى ما بين الاب والوصى لا مطلقا لثبوت الولاية لنحو العصبة شرنبلالية وأقول ما ادعاه من كون الاختصاص نسبيا غير مسلم ألا ترى الى ما قدمناه من حكاية الخلاف بين الزيلعى والاتقانى فى ان التقييد بأبى المعتوه هل هو احترازى عن الاخ والعم كما قال الزيلعى أولا بناء على ان غير الاب كالاب كما قاله الاتقانى ويستوفيه الاقرب فالاقرب والظاهر ان كلام الدرر يبتنى على ما ذكره الزيلعى وعليه فلا يكون الاختصاص فى كلامه نسبيا (قوله ان الوصى لا يملك الصلح) لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فنزل منزلة الاستيفاء ووجه

(وان ترك وفاء ووارثا) حرا غير المولى
(لا) يقتص وان اجتمعا (وان قتل عبد
الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن) فاذا اجتمعا كان للراهن
أن يستوفى القصاص وذكر فى العيون
والجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه
الله وغيرهما انه لا يثبت القصاص
لهما وان اجتمعا (ولاب المعتوه القود
والصلح) لكن هذا فيما اذا صالح على
قدر الدية اما اذا صالح على أقل من
الدية لم يجز المحيط وان قتل ويجب
كمال الدية كذا فى شرح السيد
(لا العفو بقتل وليه) أى ولى المعتوه
(والقاضى كالاب) فى الصحيح (والوصى
يصالح) عن قتل النفس (فقط)
أى لا يقتص ولا يعفو وكذلك
يصالح عن استيفاء القصاص
فى الطرف وذكر فى كتاب الصلح ان
الوصى لا يملك الصلح فى النفس (والصبى
كالمعتوه) فى الحكم المذكور والمعتوه
ناقص العقل وقيل المدهوش من غير
جنون

الاول ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص فان المقصود منه التشفي وهو مختص بالاب وللوصي استيفاء القصاص في الطرف استحسانا لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال هداية (قوله وقد عته عتها) بكسر التاء في الفعل وفتحها في المصدر (قوله وللكبار القود قبل كبر الصغار) بخلاف ما اذا عفا أحدهم لوجوب المال للباقين بعد العفو والمال يحتمل التجزؤ فيظهر حكم التجزئ عند وجوب المال نهاية بتصرف ثم لا يجوز للكبار استيفاؤه حتى يجتمعوا لاحتمال عفو الغائب أو صلحه وفي الاختيار لو كان الكل صغارا قيل يستوفي السلطان وقيل ينتظر بلوغ أحدهم والمعتوه كالصبي (قوله وقالا ليس لهم ذلك) لانه مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين كبيرين أحدهما غائب وللامام ما روى ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضي الله عنه قتل به وكان في اولاد علي صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع وكان القاتل له قصاصا الحسين رضي الله عنه ولانه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ فيثبت لكل كملا كولاية الانكاح ولهذا لو استوفاه بعض الاولياء لا يضمن شيئا للقاتل فلو لم يكن له قتله لضمن كالاجنبي وكذا لا يضمن للباقين واحتمال العفو من الصغير منقطع في الحال بخلاف الكبير الغائب ولو كان الكبير ولي الصغير ممن له التصرف في ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل بلوغ الصغير بالاجماع سواء كانت الولاية لهما بالملك او القرابة وان كان ولي الصغير لا يقدر على التصرف في المال كالاخ والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير اجنبيا من الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالاجماع زيلعي مع نهاية وقوله فان كان الكبير اجنبيا الخ يعني كالقاضي والوصي (قوله عند أبي حنيفة له ولاية استيفاء القصاص) أي للكبير المفهوم من قوله وأحدهما صغير حموي (قوله وذكر في الاسرار لا رواية في عبد اعتقه الخ) فيه نظر لما في البناية أنه اذا قتل معتق لاثنين وهما ولياه ليس لاحدهما التفرد بالقصاص أو عبد بين اثنين ليس لاحد الشريكين ان ينفرد بالقصاص ذكر ذلك في دليل الصاحبين مقيسا عليه فاقتضى ذلك الاتفاق على عدم التفرد حموي وكذا في الزيلعي ونصه بخلاف ما اذا كان بين الموليين وأحدهما صغير لان السبب فيه الملك أو الولاء وهو غير متكامل وفي مسئلتنا السبب القرابة وهي متكاملة ولهذا لا يزوج احد الموليين الامة المشتركة بينهما أو المعتقة لهما وفي القرابة يزوج الخ وأقول ما نقله الشارح عن الاسرار تبع فيه صاحب الكفاية وما استفيد من كلام الزيلعي والبناية من عدم جواز التفرد بالاتفاق غير متفق عليه بدليل ما في الهداية من قوله ومسئلة الموليين ممنوعة فصريح كلام الهداية يفيد ان لاحد الموليين التفرد باستيفاء القصاص عند أبي حنيفة فعلى ما في الهداية كيف يتجه دعوى الاتفاق على عدم جواز التفرد او كيف يتوهم كون الفرق الذي ذكره الزيلعي مما لا خلاف فيه مع ما نقله الشارح أولا عن فوائد مولانا حميد الدين فالظاهر ان المسئلة لا نص فيها كما ذكره في الاسرار وانما اختلف فيها المشايخ فمنهم من جعل الخلاف فيها كمسئلة المتن قياسا على مذهب الامام والصاحبين كصاحب الهداية وحميد الدين وعليه فما ذكره الزيلعي من الفرق غير محتاج اليه ومنهم من لم يقل بذلك والى ذلك يشير قول حميد الدين قال بعض مشايخنا الخ اذ مقتضى تخصيص البعض بالذكر ان منهم من لم يقل بذلك للفرق الذي ذكره الزيلعي وحينئذ فما ذكره في الاسرار من أنه لا رواية في عبد الخ مسلم وما ذكره السيد الحموي من التنظير فيه ساقط فتنبه (قوله وقتل وله موليان) الضمير المستتر راجع للقيد بدون قيده والا تكررت المسئلة حموي حاصله ان الضمير في أو قتل راجع للعبد مطلقا لا بقيد كونه معتقا (قوله لا يثبت القتل لاحدهما) كذا لا يجب القود بقتل عبد الوقف عمدا درر ووجهه كما في الشرنبلالية اشتباه من له حق القصاص لان الوقف حبس العين على ملك الواقف عند الامام وعندهما على حكم ملك الله فيلزم القاتل القيمة (قوله الا اذا اجتمعا)

وقد عته عتها وعتاهة كذا في المغرب (وللكبار) أي ومن قتل وله أولياء كبار وصغار فللكبار (القود قبل كبر الصغار) عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك قبل بلوغ الصغار وفي فوائد مولانا حميد الدين رحمه الله عبد بين موليين وأحدهما صغير قتل عمدا قال بعض مشايخنا رحمهم الله عند أبي حنيفة له ولاية استيفاء القصاص وذكر في الاسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان ويجوز أن لا يثبت القتل لاحدهما الا اذا اجتمعا كما في انكاح امة اعتقها رجلان كذا في شرح السيد للهداية

(وان قتله بمر) بالفتح الذي يعمل به في الطين اصابه بحده وجرحه أو أصابه ظهر الحديد وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يجب اذا جرح كذا ذكره الطحاوى رحمه الله والمعلوم من الكتاب ان الاول أصح وذكر في الهداية والاصح الاخير (والا) أى وان لم يصبه الحديد ولكن أصابه العود (لا) يقتص مطلقا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان عصا عظيمة يجب وهو قول الشافعى كذا في الخلاصة ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبى حنيفة رحمه الله وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعى أيضا وهى مسئلة الموالاة على مامر (كالخنق والتغريق) أى لا يجب القصاص في العود وتجب الدية على العاقلة كما لا يجب القصاص في الخنق والتغريق وتجب الدية فيهما على العاقلة سواء كان الميت صبيا أو بالغا عند أبى حنيفة وعندهما وعند الشافعى عليه القصاص غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق وقال في الاصل وان خنق رجلا حتى مات فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله لا قصاص ولكن ان اعتاد ذلك فالامام يقتله سياسة وان تاب قبل أن يقع في يد الامام تقبل توبته ولا يقتل وان تاب بعد ما وقع في يد الامام لا تقبل توبته وهو نظير الساحر اذا تاب وأما على قولهما اذا دام على الخنق حتى مات فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم وان ترك الخنق قبل الموت ثم مات بعد ذلك فانه ينظر ان دام على الخنق مقدارا يموت الانسان منه غالبا فعليه القصاص وان دام مقدارا لا يموت الانسان منه غالبا فلا قصاص وذكر شيخ الاسلام رحمه الله في شرح الزيادات الاصل ان من غرق انسانا بالماء ان كان الماء قليلا لا يقتل فيه غالبا ويرجى منه النجاة في الغالب فمات من ذلك فهو خطأ العمد عندهم جميعا وأما اذا كان الماء عظيما ان كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة بان كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات فانه يكون خطأ عمد وان كان بحيث لا يمكنه النجاة منه فعلى قول ابى حنيفة رحمه الله هو خطأ العمد ولا قصاص وعلى قولهما هو عمد محض ويجب القصاص وفى المنتقى عن ابى يوسف وعن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى في رجل ألقى رجلا من سفينة في بحر فرسب وغرق كما وقع فعلى عاقلته الدية وان كان حين ألقاه سبح ساعة ثم غرق فلا دية فيه والا القاه من سطح أو جبل أو بئر مثل الاغراق كذا في المحيط (ومن جرح رجلا عمدا فصار) المجروح (ذا فراش) ولم يزل عنه (حتى مات يقتص

اشهد

لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكان الشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة شيخنا عن العناية وماذكره الشارح بالفاظ ويجوز ان لا يثبت القتل لاحدهما الخ جزم به في الخانية كذا ذكره شيخنا (قوله وان قتله بمر الخ) فلا يشترط الجرح في ظاهر الرواية ومثله ما في الغرر رماه بمقدار حديد يقتل به فمات منه قتل جرحه أولا كما لو ضربه بعصا رأسه مضبب بالحديد وقد اصابه الحديد أو ضربه بقدر حديد أو قمقمة أو عمود فمات منه الخ وهذا على ظاهر الرواية عمد نظرا الى أنه أصل الآلة كما في الاختيار لا على رواية الطحاوى لانه لا يفرق الاجزاء كذا بخط شيخنا (قوله مطلقا عندهم سواء أصابه بحده وجرحه الخ) في التقييد بقوله وجرحه نظر لان وجوب القصاص وعدم اشتراط الجرح فيما اذا أصابه بحده لا خلاف فيه بخلاف ما اذا أصابه بظهره فان في اشتراط الجرح اختلاف الروايتين عن الامام وهذا محصل ما أطال به العلامة الحموى عن البناية (قوله وعن أبى حنيفة أنه يجب اذا جرح) يعنى وقد أصابه بظهره كما يدل عليه سياق كلامه (قوله والمعلوم من الكتاب) أى الكنز فأل للعهد شيخنا (قوله ان الاول أصح) أى عدم اشتراط الجرح خلافا لما في الهداية حيث صحح الاشتراط فاشار الشارح بقوله وذكر في الهداية الخ الى أن الترجيح اختلف (قوله ثم قيل هو) أى عود المر فالخلاف في كونه بمنزلة العصا الكبيرة أو السوط راجع لقول المصنف والا لا لقول الخلاصة ان كان عصا عظيما حموى (قوله بمنزلة العصا الكبير) بأن كان لا يلبث حموى (قوله وقيل هو بمنزلة السوط) يعنى اذا كان العود يلبث حموى ومعنى يلبث يبطئ في القطع قهستانى (قوله وفيه خلاف الشافعى) لان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فتحقق الموجب ولنا ان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه أو عساه أصاب المقتل يعنى من غير قصد بأن كان قصده التأديب والشبهة دارئة للقصاص فوجب الدية هداية (قوله وهى مسئلة الموالاة) أى موالاة الضرب بالسوط حموى (قوله كالخنق) بكسر النون مصدر خنقه يخنقه درر عن الصحاح (قوله عند أبى حنيفة) متعلق بقوله تجب الدية على العاقلة لا بقوله سواء كان الميت صبيا أو بالغا حموى (قوله وعنده يغرق) هذا يشكل على ماسبق من أنه انما يفعل به عند الشافعى مثل ما فعل اذا كان فعله مشروعا كما لو قطع يده والمراد بكون قطع اليد مشروعا أى في الجملة بالنسبة لحد السرقة ولا كذلك التغريق فانه غير مشروع أصلا (قوله لا تقبل توبته) يعنى ويقتل حموى (قوله اذا دام على الخنق) أى مستمرا على فعل الخنق حموى (قوله فانه يكون خطأ عمد) وقع في بعض النسخ خطأ عمدا وهو غير صواب حموى (قوله فرسب كما وقع) رسب الشئ في الماء رسوبا سفل فيه ورسبت عيناه غارتا وسيف رسوب أى ماض وبنو راسب حى من العرب صحاح (قوله فلا دية فيه) لانه غرق بعجزه وفي الاول بطرحه درر ولو سقاه سما حتى مات ان دفعه اليه حتى أكله ولم يعلم به لا قصاص ولا دية لكنه يحبس ويعزر لانه شرب باختياره ولو أوجره تجب الدية على عاقلته ولو أدخله بيتا فمات فيه جوعا لم يضمن شيئا وقالا تجب الدية ولو دفنه حيا فمات عن محمد يقاد به ولو قمط رجلا وطرحه قدام سبع فقتله فلا قود فيه ولا دية و يعزر و يضرب و يحبس الى ان يموت وعن الامام عليه الدية ولو قمط صبيا والقاه في الشمس او البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية تنوير وشرحه (قوله مثل الاغراق) أى في الخلاف حموى أى اذا لم ينج الملقى غالبا يقتص ممن ألقاه عند الصاحبين لا عنده شيخنا (قوله ومن جرح رجلا الخ) عبارة الوقاية و يقتص في جرح ثبت عيانا أو بحجة وجعل المجروح ذا فراش حتى مات انتهى والمراد بالجرح الثابت عيانا ان يقع بحضرة جماعة من المسلمين والحاكم موجود فيهم نوح أفندى (قوله ولم يزل عنه) أى ألم الجراحة حموى فلو أقام الولى بينة أنه مات من الجرح والضارب بينة انه مات بعد البرء من الجراحة فبينة الولى اولى تنوير (قوله يقتص) لان الجرح سبب ظاهر لاوته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه عينى فلو

أشهد المجروح على نفسه ان فلانا لم يجرحه ثم مات فلاشئ على فلان ولا تقبل البينة عليه درر وهذا لو عمدا لان الخطأ موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر امواله اذا أثبته الورثة بالبينة العادلة نوح أفندى ثم ماسبق عن الدرر من أنه لاشئ على فلان ولا تقبل البينة عليه مخالف لما نقله عزمى عن البزازية من التفصيل ونصه اشهد المجروح ان فلانا لم يجرحه ومات المجروح ان كان معروفا يعنى الجرح عند الحاكم والناس لم تصح الشهادة وان لم يكن معروفا صح انتهى ثم رأيت فى الدر المختار حكى التفصيل بقيل ولو عفا المجروح او وارثه قبل موته صح استحسانا لانعقاد السبب در عن الجوهرة والمراد كما فى الشرنبلالية اذا كان المجروح حرا فلو عبدا لا يصح عفوه لان القصاص يجب حقا للمولى الخ واذا كان القصاص بين اثنين فعفا احدهما وقتله الآخر ان علم ان عفو البعض مسقط له يقاد وان ظن ان عفو أخيه لا يؤثر فى حقه لا يقاد درر واذا انتفى القصاص بتأويله لزمه الدية فى ماله شرنبلالية عن المحيط يعنى ويسقط نصفها عنه لوجوبه له فى مال القاتل الاول ويؤخذ منه النصف الآخر كذا بخط الشيخ عبد الحى واعلم ان عفا يرسم بالالف كدعا وغزا قال ابن الحاجب فى الشافية وأما الالف فان كانت عن ياء نحو رمى ومضى ومشى كتبت ياء والا كتبت الفا ومنهم من يكتب الجميع بالالف كذا ذكره شيخنا (قوله وان مات بفعل نفسه) بأن شج نفسه (قوله وبفعل زيد واسد وحية) بأن شجه زيد وعقره الاسد ولدغته الحية (قوله ضمن زيد ثلث الدية) فى ماله ان كان عمدا والا فعلى عاقلته لان فعل الاسد والحية جنس واحد فى كونه هدرا فى الدارين وفعل نفسه هدر فى الدنيا لا فى العقبى وفعل الاجنبى معتبر فى الدارين فصارت الافعال ثلاثة أجناس ومعاده أن يعتبر فى المقتول التكليف ليكون فعله جنسا آخر غير جنس فعل الحية والاسد وأن لا يزيد على الثلث لو تعدد قاتله لان فعل الكل جنس واحد تنوير وشرحه عن ابن الكمال قال صدر الشريعة ينبغى أن ينظر الى ما هو مؤثر فى الموت وينظر الى اتحاده وتعدده والسبع والحية اثنان ولا اعتبار فى ذلك لكونهما هدرا انتهى (قوله أن يضمن ربع الدية) لوقوع الجناية من أربعة حموى (قوله ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد الخ) أى لاجل ان فعله فى حق نفسه هدر فى الدنيا يغسل ويصلى عليه قال فى البناية هما يقولان انما يكون تمام القتل بالموت وعند الموت هو ليس بأهل للاضافة حموى (قوله يغسل ويصلى عليه) هذا أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه (قوله وقال ابو يوسف يغسل ولا يصلى عليه) يعنى لانه كالباغى لانه باغ على نفسه فلم تكن جنايته هدرا مطلقا كذا فى البناية وحينئذ فقول الشارح وقال ابو يوسف ليس معطوفا على قوله قال ابو حنيفة ومحمد بل هو استئناف حموى ووجهه ان ماذكره فى البناية فى توجيه قول ابى يوسف من ان جنايته لم تكن هدرا مطلقا يقتضى عدم اعتبار الجناية عندهما مطلقا وهذا فيه تأمل والظاهر انه معطوف لا مستأنف لانه انما يصلى عليه عندهما لعدم اعتبار فعله فى الدنيا فقط لا مطلقا الا ترى الى ماذكره الشارح من انه يأثم بالاجماع (قوله على المسلمين) اوأهل الذمة شيخ عبد الحى تفقها (قوله وجب قتله) ان لم يمكن دفعه الابه لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه أى اهدره كما فى الزيلعى ولحديث ابن الزبير رضى الله عنه من شهر سيفه ثم وضعه فدمه هدر أى من أخرجه من غمده للقتال وأراد بوضعه ضربه به كذا فى شرح الشلبى قال الحموى ومقتضى تفسير الوضع بالضرب انه لا يحل قتله الا اذا ضرب بالفعل وهو خلاف الحديث المتقدم فلعل المراد قصد الضرب به انتهى بقى ان ماسبق من قوله وجب قتله يقتضى انه يأثم بتركه وبه صرح القهستانى (قوله ولاشئ بقتله) وانما قاله بعد القول بالوجوب لجواز أن يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شئ كما فى الجمل الصائل والمجنون درر (قوله ومن شهر على رجل سلاحا الخ) هذا اذا لم تدل الحال على المزح ... فى الزيلعى من اول باب الكنايات ولا يعتبر احتمال الجد واظهار المزح وتدل الحال على الجد فقتله دفعا كذا بخط

وان مات بفعل نفسه و) بفعل (زيد
وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية)
والقياس العقلى انه يضمن ربع
الدية لكن فعله فى حق نفسه هدر
فى الدنيا لا فى العقبى حتى يأثم بالاجماع
ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد فيمن يقتل
نفسه انه يغسل ويصلى عليه وقال
ابو يوسف يغسل ولا يصلى عليه
(ومن شهر على المسلمين سيفا) او
سكينا (وجب قتله ولاشئ) على قاتله
(بقتله ومن شهر على رجل سلاحا ليلا
أو نهارا فى مصر أو غيره

اوشهر عليه عصا) سواء كان صغيرا أو كبيرا (ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله) أي قتل الشاهر (المشهور عليه) عمدا (فلاشئ عليه) أي على المشهور عليه (وان شهر عليه عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه) عمدا (قتل به) عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لاقصاص عليه (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية) في ماله وقال الشافعي لاشئ عليه (وعلى هذا) الخلاف (الصبي والدابة) حتى اذا شهر الصبي على رجل سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب عليه الدية في ماله واذا حملت دابة على رجل فقتلها يجب عليه الضمان خلافا للشافعي في الصورتين وعن أبي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون (ولو ضربه الشاهر فانصرف) وترك الضرب وكف عنه على وجه لا يريد ضربه ثانيا (فقتله) أي الشاهر الرجل (الآخر) وهو المشهور عليه (قتل القاتل ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة) أي المال المسروق (فاتبعه) المسروق منه (فقتله) أي المسروق منه السارق عمدا (فلاشئ عليه) اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل وان كان يتمكن من الاسترداد بدونه بان علم انه لو صاح او تهدد يطرح المال لا يحل له القتل حتى لو قتله قتل به ثم اعلم انه اذا قتله بهذا السبب فقال عند القاضي قتلته بهذا السبب لا يقبل قوله الا اذا أقام البينة عليه والاصل انه اذا أقر بسبب الضمان ثم ادعى براءته لا يقبل الا بالبينة وفي الزاهدي الاصل في كل شخص اذا رأى مسلما محصنا يزني انه يحل له قتله وانما يمتنع خوفا من أن يقتله ولا يصدق في انه زنى

شيخنا (قوله اوشهر عليه عصا ليلا في مصر الخ) قيد بالمصر ليفيد الحكم بالاولى في غير المصر فاعتراض الشرنبلالية ساقط (قوله سواء كان صغيرا اوكبيرا) لم أر هذا التعميم لغيره سوى الحموي في شرحه على الكنز ثم ظهر ان كلام الهداية صريح في مخالفته حيث علل المسئلة بأن العصا الصغيرة وان كانت تلبث لكن في الليل لا يلحقه الغوث وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ثم ظهر ان ما في الهداية ينافي ماذكره الشارح وسيأتي ايضاحه (قوله فقتله المشهور عليه) اوقتله غيره دفعا عنه زيلعي (قوله قتل به) لان العصا ليس كالسلاح والظاهر لحوق الغوث نهارا في المصر فلا يفضي الى القتل درر وقوله فلا يفضي الى القتل يشير الى ان جواز قتله دفعا اذا شهر عليه عصا مشروط بخوف الافضاء الى القتل لا يقال يشكل بما سبق عن الهداية حيث علل المسئلة بما يقتضي ان المراد بالعصا الصغيرة لانا نقول خوف الافضاء الى القتل يتحقق في الصغيرة أيضا بواسطة الموالاة في الضرب حيث كان ذلك ليلا ولو في المصر او نهارا في غير المصر لعدم لحوق الغوث واذا علم هذا في الصغيرة ففي الكبيرة بالاولى ومن هنا عمم الشارح حيث قال سواء كان صغيرا او كبيرا (قوله تجب الدية في ماله) لان العواقل لا تعقل العمد (قوله وقال الشافعي لاشئ عليه) لانه قتله دافعا عن نفسه ولنا ان فعل المجنون والصبي والدابة لا يوصف بالخطر فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة ومقتضاه القصاص الا انه لا يجب لوجود المبيح وهو دفع الشر (قوله وعن ابي يوسف الخ) لان فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا يجب عليهما ضمان ما اتلفاه وفعل الدابة غير معتبر أصلا ولان عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك زيلعي وهداية (قوله قتل القاتل) لانه اذا انصرف عادت عصمته الزائلة بالضرب لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه (قوله فأخرج السرقة) ليس بشرط اذله قتله اذا قصد أخذ ماله ولم يتمكن من دفعه الا بالقتل كما في الدر عن صدر الشريعة (قوله فلاشئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أي عند مالك اولاجله يعني وكان المسروق عشرة من الدراهم فما فوقها شرنبلالية عن البرهان ومقتضاه عدم حل القتل اذا كان دون العشرة وهل يجب بقتله في هذه الحالة القصاص او الدية وينبغي وجوب الدية لسقوط القصاص بشبهة قوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك اذ المال فيه مطلق ثم رأيت في الدر عن البزازية بالعزو الى الصغرى قصد أخذ ماله ان عشرة أو أكثر قتله وان أقل قاتله ولا يقتله وهل يقبل قوله انه كابره ان ببينة نعم والا فان المقتول معروفا بالسرقة والشر لم يقتص استحسانا والدية في ماله لورثة المقتول ثم رأيت في النهر ختام باب قطع الطريق ما نصه ويجوز للانسان أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا و يقتل من يقاتله عليه لخبر من قتل دون ماله فهو شهيد انتهى قلت وهذا الاينافي ما سبق عن الدر اذ قوله وهل يقبل قوله انه كابره الخ صريح في جواز قتله عند المكابرة (قوله بأن علم أنه لو صاح الخ) عبارة البرهان على ما في الشرنبلالية بأن صاح عليه ونشده الله والاسلام ثلاثا ونشده من باب نصر كما في المختار يقال نشدتك الله أي سألتك به (قوله لا يحل له القتل الخ) كالمغصوب منه اذا قتل الغاصب فانه يجب القود لقدرته على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي تنوير وشرحه (قوله رأى مسلما محصنا يزني الخ) مقتضاه حل قتله مطلقا وان لم يكن المزني بها من محارم الرائي وبه صرح في فتاوى قاضي خان حيث كان لا يمتنع عن الزنا الا به وهو خلاف ما سبق وفي الشرنبلالية عن المواهب لو وجد مع امرأته او أمته رجلا يريد الفجور كرها قتله ولو راضية قتلهما انتهى (قوله يحل له قتله) كذا اذا رأى رجلا ينقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به فلم يهرب وفي الدر عن القنية نظر في باب دار رجل ففقأ الرجل عينه لا يضمن ان لم يمكنه تنحيته من غير فقئها وان أمكنه ضمن وقال الشافعي لا يضمن فيهما ولو أدخل رأسه فرماه بحجر ففقأها لا يضمن اجماعا فالخلاف فيمن نظر من الخارج

*(باب

(باب القصاص فيما دون النفس)

أخره لان الجزء يتبع الكل حموى (قوله يقتص بقطع اليد) لقوله تعالى والجروح قصاص وانه ينبئ عن المماثلة فأينما امكن وجب القصاص فيه والافلا وقد أمكن فى القطع من المفصل عينى (قوله من المفصل) أى الرسغ والمرفق والمنكب وفيه اشعار بأنه لوقطع مابين الرسغ والمرفق اوما بينه وبين المنكب لم يجب القود لانه كسر العظم ولا ضابط له قهستانى عن التحفة وغيرها وسيصرح المصنف بالاول (قوله أى من قطع يد غيره عمدا الخ) أفادان فى كلام المصنف اطلاقا واقعا فى غير محله حموى (قوله وان كانت يد القاطع أكبر) لان المنفعة الفائتة بالقطع لا تتفاوت عينى بخلاف الكبر والصغر فى شجة الرأس اذا استوعبت رأس المشجوج وكانت لا تستوعب رأس الشاج حيث يثبت للمشجوج الخياران شاء أخذ الارش او اقتص بقدر شجته لان ما يلحقه من الشين أكثر أما قطع العضو فالشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه زيلعى (قوله وكذا الرجل) من الكعب والركبة والفخذ قهستانى فان وقع القطع من احد هذه المفاصل وجب القصاص والا بأن كان فى بعض الساق او الفخذ فلا قصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة (قوله ومارن الانف) هو مالان منه وفضل عن القصبة اذا قطعه شخص يقطع منه لامكان المماثلة عينى ولو من قصبته فلا قصاص سواء قطع بعض القصبة اوكلها لانه عظم كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة قال وفى الخانية اذا قطع أنف الصبى من أصل العظم عمدا كان عليه القصاص فى قول ابى يوسف وفى الخطا الدية انتهى (قوله والاذن) كلها او بعضها ذكره الزيلعى فى قوله وقطع يد من نصف ساعد وفى الجوهرة وان قطع بعضها أى الاذن ان كان ذلك البعض يمكن فيه المماثلة بأن قطع الشحمة وجب القصاص بقدره والا فلا بأن قطع من بعض الغضروف كذا فى الشرنبلالية ماعدا التصوير لما يمكن فيه المماثلة ومالا يمكن فانه لشيخنا ولو كان القاطع صغير الاذن او مقطوعه فله نصف الدية قهستانى (قوله وبالجر على الانف) يعنى على الجوار وان كان ضعيفا والا فهو فاسد لانه لا مارن للاذن كذا ذكره شيخنا وبه يسقط تنظير السيد الحموى (قوله وطريق الاقتصاص فى العين الخ) وهو بمثل ذلك مأثور عن جمع من الصحابة وبه حكم على بحضرة الصحابة من غير خلاف لانه حدث فى زمن عثمان فسأل عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شئ حتى جاء على فقضى بذلك عينى وحموى عن شرح القدورى (قوله ويربط الخ) لصيانة الوجه والعين الاخرى عن الضرر (قوله او وجأها) الوجء الضرب باليد يقال وجأه فى عنقه من باب منع ومنه ليس فى كذا وكذا ولا فى الوجء قصاص (قوله بنظر الاطباء) فاذا أخبر رجلان من أهل العلم انه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما كذا فى الخانية ومقتضاه عدم الاكتفاء بالواحد (قوله وقيل يستغفل الخ) وقيل يلقى بين يديه حية او عقرب فان هرب منها علم انه لم يذهب بصره حموى (قوله فجاءة) يقال فجأه الامر فجاءة بالضم والمد كما فى الصحاح (قوله يستقبل عين الشمس مفتوح العين الخ) كذا فى الخانية (قوله بقيت فى ذلك الدعوى والانكار) هو على حد قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له فى انه اذا أسند الفعل الى مذكر ومؤنث يعتبر السابق منهما نبه على ذلك السمين فى اعرابه حموى (قوله ولا اليمنى باليسرى) بل فيه الدية وكذا اليدان والرجلان وأصبعهما ويؤخذ ابهام اليمنى بابهام اليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى فلا يؤخذ شئ من الاعضاء الا بمثله من القاطع وفى الدرعن المجتبى فقأ اليمنى ويسرى الفاقئ ذاهبة اقتص منه وترك أعمى (قوله حول لا يضر الخ) كذا فى البزازية ولم يسنده لاحد لكن فى الخانية أطلق فقال ولا قصاص فى عين الاحول ثم ذكر التفصيل بصيغة وعن الحسن الخ شرنبلالية وقال فى الدروعن الثانى لا قود فى فقء

(باب القصاص فيما دون النفس) (يقتص بقطع اليد من المفصل) أى من قطع يد غيره عمدا من المفصل تقطع يده هكذا (وان كانت يد القاطع أكبر) من اليد المقطوعة (وكذا الرجل ومارن الانف والاذن) يجوز بالرفع عطفا على الرجل وبالجر على الانف (و) كذا (العين ان) ضربها رجل و(ذهب ضوءها وهى قائمة) فيها يقتص بضوئها وفى العيون حكومة عدل كذا فى الخلاصة وطريق الاقتصاص فى العين أن يحمى له مرآة ثم يقربه منها ويربط على عينه الاخرى وعلى وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها (ولوقلعها) أو وجأها بالسكين (لا) يقتص ولكن تجب الدية ثم اذا أنكر الضارب ذهاب الضوء ذكر فى القدورى انه يعرف بنظر الاطباء اليه وقيل يستغفل فينصب شئ فجاءة بين يديه وقال ابن مقاتل رحمه الله تعالى يستقبل عين الشمس مفتوح العين ان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع فقد ذهب الضوء وان لم يعلم بذلك بقيت فى ذلك الدعوى والانكار والقول قول الضارب مع يمينه على البتات ولا تقتص اليسرى باليمنى ولا اليمنى باليسرى وان كان بعين المجنى عليه حول لا يضر ببصره اقتص منه وان كان حولا شديدا ينقص من البصر ففيها حكومة عدل وان كان الحول الشديد بعين الجانى دون المجنى عليه يخير المجنى عليه ان شاء اقتص وان شاء ضمن نصف الدية كذا فى الخلاصة

عين حولا وكذا هو أيضا انتهى (قوله والسن وان تفاوتا) قدر الاتحاد المنفعة الا انه ينتظر حولا فاذا مضى الحول ولم ينبت يقضي بالقصاص صرح بذلك الزيلعي في فصل الشجاج كذا في شرح الحموي لكن في الشرنبلالية ولا ينتظر حولا الا أن يكون صبيا الخ وفي الدرعن المجتبى و يؤجل حولا وقيل يؤجل الصبي لا البالغ فلو مات الصبي في الحول برئ الخ (قوله وكذا ان قلع السن فانه لا يقلع) حق العبارة وكذا لا يقلع سنه قصاصا ان قلع السن حموي (قوله فانه لا يقلع سنه) لتعذر المماثلة فيه فربما تفسد لهاته وبه يفتى كما في الدرعن المجتبى فتحصل من كلام الشارح ان طريق القصاص في السن أخذها بالمبرد مطلقا سواء وقعت الجناية بالقلع أو بالكسر كما في الزيلعي معزيا للذخيرة والمبسوط ويخالفه ما في الدرر والاختيار حيث قال فتقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت (قوله ولكن يؤخذ بالمبرد الخ) هذا اذا كان السن بحال يمكن برده والا فلا قصاص وتجب الدية في ماله كما في الاختيار وفي التنوير وشرحه وتؤخذ الثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى والحاصل انه لا يؤخذ عضو الا بمثله (قوله وطريق الاقتصاص ان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه فيه) قصور ظاهر حموي لانه كان عليه ان يزيد وفي قلعها تبرد سن القالع الى اللهات والعذر للشارح في عدم ذكره هنا الاكتفاء بتقديمه كما لا يخفى كذا ذكره شيخنا (قوله بقدر ما كسر منه) هذا اذا لم يسود الباقي وان اسود لا يجب القصاص فان طلب المجني عليه استيفاء قدر المكسور وترك ما اسود لا يكون له ذلك وفي ظاهر الرواية اذا كسر السن لا قصاص فيه كما في الخانية وفي البزازية قال القاضي الامام وفي كسر بعض السن انما يبرد بالمبرد اذا كسر عن عرض فلو عن طول ففيه الحكومة شرنبلالية (قوله وكل شجة يتحقق فيها المماثلة يقتص بها) كالموضحة وهي ان يظهر العظم وفي الشرنبلالية عن الخانية لا قود في موضحة الاصلع الذي ذهب شعره الا ان يكون الشاج كذلك انتهى وأشار الشارح بتقدير قوله يقتص بها بعد قول المصنف وكل شجة الخ الى أن كل شجة مبتدأ محذوف الخبر وكلام العيني يقتضي العكس (قوله هذا اذا كان السن عظما الخ) حاصله ان تقييد العظم في كلام المصنف بما عدا السن انما يحتاج اليه على القول بان السن عظم وأما على القول بأنه طرف عصب فلا حاجة اليه (قوله ولا قصاص في طرفي رجل وامرأة) ويجب الارش في ماله حالا كما في الشرنبلالية عن الجوهرة لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فتنتفي المماثلة للتفاوت في القيمة لان دية المرأة وطرفها على النصف من دية الرجل وطرفه كما سيأتي ولا فرق بين ان يكون هو القاطع أوهي وما في القهستاني عن البرجندي والواقعات من أنها ان كانت هي القاطعة خير بين ان يقطعها فيستوفي الناقص بالكامل أو يأخذ الارش خلاف المشهور كذا ذكر شيخنا (قوله ولا في طرفي حر وعبد) للتفاوت في الارش لان وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلالة ان الصحيح لا يقطع بالاشل لاختلاف الارش وارش طرف الحر والعبد مختلف فلا يجب القصاص بل يجب الارش حموي (قوله مطلقا) أي سواء قطع الحر يد العبد أو قطع العبد يد الحر حموي فما سيأتي من الاستثناء يرتبط بقوله خلافا للشافعي (قوله خلافا للشافعي) في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للالحاق بالانفس زيلعي وبه تعلم ما في كلام الشارح وقد سقط هذا من خط العيني ولا يستقيم كلامه الا به (قوله فانه اذا قطع العبد يد حر يقتص) العبارة صحيحة كما في الزيلعي فانه اذا قطع العبد يد الحر لا يقتص كذا ذكره شيخنا (قوله وطرف المسلم والكافر سيان) أي مثلان وهي تثنية سي بمعنى مثل فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي لا يجري بناء على أصله عيني (قوله ولا قصاص في قطع يد من نصف الساعد) وسيأتي فيها نصف الدية وحكومة عدل (قوله ولا في جائفة برأ منها) لان البرء في الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح ثانيا على وجه يبرأ منه فيكون هلاكا فيحوز وأما اذا لم يبرأ فان سرت وجب القصاص والا فلا يفادالى ان يظهر الحال من البرء أو السراية درر قال في المصباح برأ من المرض يبرأ

من

(و) السن) يقتص به (وان تفاوتا) ولا يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى وكذا ان قلع السن فانه لا يقلع سنه قصاصا ولكن يؤخذ بالمبرد من سنه الى أن ينتهي الى اللحم و يسقط ما سواه والنزع مشروع والاخذ بالمبرد احتياط كذا في الخلاصة وطريق الاقتصاص به أن يبرده بالمبرد بقدر ما كسر منه ولا قصاص في السن الزائدة وانما يجب فيها حكومة عدل (وكل شجة يتحقق فيها المماثلة) يقتص بها لقوله تعالى والجروح قصاص (ولا قصاص في عظم) المراد به غير السن هذا اذا كان السن عظما وان كان عصبا كما قال بعض الحكماء يحتاج الى هذا (و) لا قصاص في (طرفي رجل وامرأة) أي لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس (و) لا في طرفي (حر وعبد) مطلقا ولا في طرفي (عبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر فانه اذا قطع العبد يد حر يقتص (وطرف المسلم والكافر سيان) حتى يكون القصاص بينهما في الاطراف (و) لا قصاص في (قطع يد من نصف الساعد و) لا في (جائفة) الجائفة الطعنة

من بابى نفع وتعب و برأ يبرأ من باب قرب لغة حموى (قوله التى تبلغ الجوف) فلا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق ولا فى اليدين ولا فى الرجلين فان كانت الجراحة فى الانثيين أو الدبر فهى جائفة شلبى عن شرح القدورى (قوله ولا قصاص فى لسان وذكر مطلقا) أى سواء قطعهما من أصلهما أم لا لامتناع حفظ المماثلة فيهما لانهما ينقبضان و ينبسطان كما فى العينى وفى الدرعن شرح الوهبانية وبه يفتى وكذا لا قود بقطع بعض الشفة كما فى الشرنبلالية لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال وان استقصاها بالقطع يقتص لامكان اعتبار المماثلة فيها كما فى التبيين وفى لسان أخرس وصبى لا يتكلم حكومة عدل در (قوله وعن أبى يوسف أنه اذا قطعا من أصلهما يجب القصاص) جزم فى الخانية بهذه الرواية ولكن فى الذكر فقط ونصه وفى قطع الذكر من الاصل عمدا قصاص وان قطع من وسطه فلا قصاص فيه وهذا فى ذكر الفحل وفى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل وفى ذكر المولود ان تحرك يجب القصاص ان كان عمدا والدية ان كان خطأ وان لم يتحرك كان فيه حكومة عدل انتهى قال فى الشرنبلالية ولم يسند ذلك لاحد بل جعله حكما مطلقا عن الرواية وقد نقل فى المحيط عن الامام مثل ما عن أبى يوسف الخ والمراد بالمولود ولد الصغير الذى لم يعلم صحة ذكره (قوله وخير مقطوع اليد ان كانت صحيحة الخ) قال فى المجتبى هذا اذا كانت اليد الشلاء ينتفع بها أما اذا لم ينتفع بها فلا تكون محلا للقصاص فله دية اليد كاملة من غير خيار وعليه الفتوى شرنبلالى قال العلامة المقدسى وفيه تأمل حموى ولا تقطع الصحيحة بالشلاء درمختار عن المجتبى ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظلما كما فى الاختيار بطل حقه ولا شئ له عليه لان حقه متعين فى القصاص عندنا لما مر ان موجب العمد القود عينا فيبطل الحق بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص فى النفس بخلاف ما اذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه ارش اليد لانه أوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست فى معنى المال فلم تسلم له زيلعى (قوله ان كان القاطع أشل الخ) لان استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين ان يتجوز بدون حقه فى القطع و بين ان يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا لانسان فانقطع عن أيدى الناس ولم يبق منه الا الردى مخير بين ان يأخذ الموجود ناقصا أو يأخذ قيمته بخلاف ما اذا كانت يد القاطع صحيحة ثم شلت بعد القطع فلا حق للمقطوع فى الارش لان حق المقطوع كان متقررا فى اليد فسقط بعذر هلاك المحل حموى عن الولوالجى وأما اذا كان رأس الشاج أكبر بأن استوعبت الشجة ما بين قرنى المشجوج وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفى استيعاب ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل وباستيفائه قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما فى الشلاء وتصحيحه درر وقول العينى كمن أتلف مثليا ولم يبق منه الا ردياء صوابه رديء بالرفع (قوله وفى عكسه الخ) بأن كان رأس المشجوج أكبر كما فى الزيلعى ووجه التخيير أنه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدى الى غير حقه كما فى الهداية (قوله فهو بالخيار) لان المعنى لا يختلف هداية

(فصـــــل) لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها تبع ذلك فى فصل على حدة حموى (قوله وجب المال حالا) قليلا أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ الآية نزلت فى الصلح ولما لم يكن فيه شئ مقدر فوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية حيث كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية وان كان على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية شلبى وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد يعنى والحاصل أن الحقوق التى يجوز اسقاطها بعوض لا يتقدر العوض فيها أصله الرد بالعيب اذا أسقطه على مال حموى (تتمـــة) ليس المراد من قول المصنف وجب المال حالا عدم جواز تأجيله بدليل التنظير بالثمن والمهر والحاصل أنه لا يتأجل

التى تبلغ الجوف (برأ منها) قيد به
لانه اذا مات منها يجب القصاص
(و) لا قصاص فى (لسان وذكر)
مطلقا وعن أبى يوسف انه اذا قطعا
من أصلهما يجب القصاص (الا
ان تقطع الحشفة) فحينئذ يجب
القصاص ولو قطع بعض الحشفة او
بعض الذكر فلا قصاص (وخير
مقطوع اليد ان كانت صحيحة
او المشجوج (بين القود) أى قطع اليد
أو اقتصاص مقدار شجته (والارش
ان كان القاطع أشل أو ناقص
الاصابع أو كان رأس الشاج
أكبر) أى من شج رجلا فاستوعبت
الشجة ما بين قرنيه وهى لا تستوعب
ما بين قرنى الشاج فالمشجوج بالخيار
ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدأ من
أى الجانبين شاء وان شاء أخذ
الارش (وفى عكسه) مخير أيضا وكذا
اذا كانت الشجة فى طول الرأس
وهى تأخذ من جبهته الى قفاه ولا
تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار
والله أعلم
(فصل) فى الصلح عن دم العمد
(وان صولح) عن دم (على مال
وجب) المال (حالا)

الا بالشرط عينى آخر فصل الشجاج (قوله وسقط القود) لانه موجب العقد عينى (قوله وينصف الخ) لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فبدله كذلك كذا فى الدر وجرى عليه بعضهم كالحموى فى شرحه وفيه نظر اذ لا قصاص على مولى العبد فالصواب كما فى الزيلعى ثانيا واقتصر عليه فى الهداية ان يقال لان البدل وجب بعقد الصلح وهو مضاف لهما فينصف موجبه (قوله أى ان قتل حر وعبد الخ) أطلق القتل ولم يقيده بالعمد اتكالا على ما يفهم من قول المصنف عن دمهما اذ هو قرينة تعمد القتل (قوله فأمر الحر ومولى العبد الخ) فلو كان العبد هو الذى أمر مع الحر والمسئلة بحالها أره وينبغى سقوط القود بصلح المولى ولا طالب على العبد بنصف البدل الا اذا أعتق لعجزه عن الاداء للحال ولا على المولى أصلا لعدم صدور الامر منه (قوله فان صالح أحد الاولياء عن حظه الخ) صورته قتل رجل عمدا وورثته زوجته وبنوه فصالحت الزوجة عن حظها من القصاص وهو الثمن على عوض أو عفت سقط القصاص وانقلب نصيب البنين مالا من الدية فيكون لهم سبعة أثمانها وفى عكسه يكون للزوجة من الدية ثمنها وقس عليه (قوله فلمن بقى حظه من الدية) فى ثلاث سنين على القاتل هو الصحيح وقيل على العاقلة در وأصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا للشافعى ومالك فى الزوجين ولنا انه عليه السلام أمر بتوريث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها أشيم فكل من الورثة متمكن من الاستيفاء والاسقاط صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب قصاصان لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل هداية (تتمة) قال فى معين المفتى العاقلة لا تعقل العمد الا فى مسئلة ما اذا عفا بعض الاولياء أو صالح فان نصيب الباقين ينقلب مالا وتحمله العاقلة كما فى شرح المجمع كذا بخط الشيخ عبد الحى وأقول هذا مخالف لما قدمناه عن الدر حيث حكاه بقيل بعد تصحيح انه على القاتل (قوله ويقتل الجمع بالفرد) بشرط وجود الجراحة من كل منهم بخلاف ما اذا قطع الطريق واحد واستعد الباقون لمعاونته حيث يجرى حد قطاع الطريق على جميعهم حموى عن الشيخ حميد الدين والمجتبى ويشترط ان يكون جرح كل منهم صالحا للازهاق كما فى الهداية وغيرها وهذا اذا كان يجب على كل واحد منهم القصاص اذا انفرد فلو كان أحدهم مجنونا أو أبا للمقتول سقط القود كما فى الدر عن القهستانى وكذا اذا شاركه الحية أو السبع أو الزوج فى قتل زوجته وله ولد منها وكذا البالغ مع الصغير والخاطئ مع العامد كما فى الخانية ولو جرح جراحات متعاقبة ومات ولم يعلم المثخن منها وغير المثخن يقتص من الجميع لتعذر الوقوف على المثخن وعدمه كما فى فتاوى أبى السعود وأما اذا وقف على المثخن وعدمه ولا يكون الا قبل موته فالقصاص على الذى جرح جرحا مثخنا كما فى الخلاصة والبزازية وغيرهما وانما وجب القتل على الجمع بالفرد استحسانا لا قياسا لعدم المساواة ولكن تركناه باجماع الصحابة لما روى ان سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان اشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح كما فى الزيلعى والتمالؤ التعاون اصله المعاونة فى ملء الدلو ثم عم فقالوا تمالؤا أى تعاونوا شلبى وصنعاء اليمن بالمد كما فى الصحاح لا يقال اذا صار القتل مضافا الى واحد منهم لعدم تجزئه لا يمكن اضافته الى غيره لعدم بقائه فقامت شبهة عدم اضافته الى كل واحد منهم لانا نقول هذه شبهة اعرض الشرع عنها حيث حكم بوجوب القصاص على كل واحد منهم واذا أعرضنا عنها فى حق وجوب القصاص فالاعراض عنها فى طرف الاستيفاء أولى لان جعله مستوفيا حقه مع الشبهة أولى من ايجاب القصاص مع الشبهة كذا بخط شيخنا عن شرح المجمع للمصنف (تتمة) عفا الولى عن أحد القاتلين أو صالحه سقط القصاص عن غيره على ما فى الجواهر خلافا لقاضيخان قهستانى يعنى ويؤخذ منهم من الدية بحسب ما يخصهم (قوله ان حضر أولياء المقتولين) وقع فى نسخة السيد الحموى المقتول

وسقط القود وينصف ان أمر الحر
القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح
عن دمهما على ألف ففعل) أى ان
قتل حر وعبد رجلا فأمر الحر ومولى
العبد رجلا بان يصالح عن دمهما
على ألف فصالح فالالف على الحر
والمولى نصفان (فان صالح أحد
الاولياء عن حظه على عوض أو عفا)
سقط حق الباقين من القصاص
(فلمن بقى حظه) يكون (من الدية)
وسقط القصاص (ويقتل الجمع
بالفرد وبالجمع) أى ان حضر
أولياء المقتول (اكتفاء) أى يكتفى
بذلك ولا شئ لهم من المال (فان حضر
أولياء المقتولين (قتل
واحد) من
بالفرد (له) أى لذلك الواحد

المقتول بالافراد فلهذا قال الصواب المقتولين (قوله وسقط حق البقية) لفوات المحل (قوله وقال الشافعى ان قتلهم الخ) لان موجب العمد عنده القصاص أو الدية فاذا فات أحدهما وجب الآخر ولما كان موجب العمد هو القصاص عينا عندنا سقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل حموى (قوله وفى قول قتل لهم جميعا وقسمت الديات بينهم) لان الموجود منه قتلات والمتحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول الا انا تركناه بما بينا ولنا ان كل واحد من أولياء القتلى قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل الا ترى ان الواجب فى الفصل الاول القصاص ولولا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلا للآخر ان يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له اذ هو لا يجب فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه زيلعى (قوله ولا تقطع يد رجلين الخ) لان كلا منهما قاطع للبعض لان ما قطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض ولا الثنتان بالواحدة واعلم ان هذا غير قاصر على اليد بل كذا جميع ما دون النفس لا يقتص به اذا أتلفه ما زاد عن واحد عمدا كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة (قوله مطلقا) أى سواء أخذا سكينا من جانب واحد وامراها على يده او وضع احدهما السكين من جانب والآخر من جانب فهو فى مقابلة التفصيل الآتى عند الشافعى (قوله وضمنا ديتها) لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فى مالهما لان العاقلة لا تحمل العمد عينى (قوله وقال الشافعى الخ) اعتبارا بالانفس لان الاطراف تابعة لها ولنا ان كلا قاطع للبعض فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب ولا يصح القياس على النفس لان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزأ عينى (قوله يمين رجلين) قيد به لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر قطع يداه بهما وكذا اذا قطعهما الواحد لعدم التضايق ووجود المماثلة لا يقال تنتفى المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه درر مع عناية (قوله وقال الشافعى الخ) أما اذا قطعهما على التعاقب فلان يده صارت مستحقة للاول فمنع استحقاقها الثانى كما اذا رهن شيئا من انسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم الى الاول وأما اذا قطعهما معا فلان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس احدهما أولى بها من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته ولو امتنع بالاول لما شاركه الثانى بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى كالاستيفاء حقيقة زيلعى (قوله فان حضر واحد الخ) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير لحضور الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا ثم اذا حضر الآخر بعد ما قطعت للاول وطلب يقضى له بالدية عينى (قوله فللآخر القود عندهما) لان لو عفا قبل القضاء كان للآخر القصاص فكذا بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء فى العقوبات زيلعى (قوله وعند محمد الارش) لان القاضى بالقضاء اثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفا احدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء فى العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء زيلعى (قوله ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق) سقط القصاص لذهاب اليد التى فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها اجنبى او سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا يسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة حين قطع القاطع

(وسقط حق البقية) من الاولياء (كموت القاتل) وقال الشافعى ان قتلهم على التعاقب يقتل باولهم ويقضى بالديات لمن بعد الاول فى تركته وان قتلهم معا يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين وفى قول قتل لهم جميعا وقسمت الديات بينهم (ولا تقطع يد رجلين) مطلقا (بيد) رجل واحد (و) لكن (ضمنا ديتها) وقال الشافعى تقطع يداهما اذا أخذا سكينا من جانب واحد وأمراها على يده حتى انقطعت أما لو وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر وأمراها حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عنده (وان قطع) رجل (واحد يمين رجلين) فحضرا معا (فلهما قطع يمينه ونصف الدية) يقتسمانها نصفين مطلقا سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاول ويغرم الارش للثانى وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للآخر (فان حضر واحد) من مقطوعى اليدين (وقطع يده فللآخر) أى على الذى قطع يمينه (نصف الدية) عليه ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عندهما وعند محمد الارش ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق

الاوّل من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه فى القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء أخذ الارش لما ذكرنا كذا فى از يلعى (قوله فلهما دية) أى دية يد (قوله مأذونا وغيره) لانه غير متهم فى مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية الا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذ صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة (قوله وقال زفر لا يصح اقراره) كما لا يصح اقراره بقتل الخطأ لان اقراره يتعلق به اتلاف مال المولى فصار كما اذا أقر بدين ولنا ان اقراره بالمال وبما يوجب المال من الجناية الخطأ انما لا يصح لكونه متهما فى ذلك لانه لا يتضمن اتلاف حق المولى بخلاف الاقرار بالحدود والقصاص فانه صحيح لانه غير متهم فيه لانه اقرار بالعقوبات على نفسه حموى (قوله لانه لو اقر بالخطأ لا يجوز اقراره) لان موجب اقراره بالقتل خطأ دفع العبد زيلعى (قوله يقتص للاوّل وللثانى الدية) لان الاوّل عمد والثانى احد نوعى الخطأ وهو الخطأ فى الفعل كان رمى الى صيد فأصاب آدميا والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره عينى وغيره كالحموى فى شرحه ويخالفه ما ذكره الحموى فى الحاشية حيث جعله من قبيل الخطأ فى القصد وقوله يقتص للاوّل وللثانى الدية فالحكم فى الثانى مخالف للاوّل بخلاف ما لو رمى صيدا فجرحه ونفذ الى آخر فان حكمهما واحد وهو الحل كذا بخط الشيخ عبد الحى وعبارته وان أرسله فقتل صيدا ثم آخرا كلا كما لو رمى سهما الى صيد فأصابه وأصاب آخر انتهى

(فصل) لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد حموى (قوله أخذ بالامرين) اعلم ان الاصل فى العقوبات التداخل ويجعل الآخر متمما للاوّل ويجعل الكل قتلا واحدا الا أن لا يمكن الجمع باختلاف حكم الفعلين كما اذا كان القطع خطأ والقتل عمدا او على العكس او لا يمكن الجمع بتخلل البرء لان بتخلل البرء ينتهى الفعل الاوّل بانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثانى متمما للاوّل أما عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمهما فيمكن جعل الثانى متمما للاوّل لبقاء الاوّل ببقاء أثره وتجانس الفعلين حموى عن البناية وقوله أما عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمهما الخ صادق بالخطأين اللذين لا برء بينهما وبالعمدين كذلك فالقول بالتداخل فيهما انما يتمشى على قول الصاحبين وأما الامام فلا يقول بالتداخل فى القطع والقتل العمدين وان لم يتخلل بينهما برء بل يقول ان الولى بالخيار ان شاء اقتصر على القتل وان شاء جمع بينه وبين القطع كما سيأتى (قوله صفة لكل واحد من الصور الثلاث) يعنى على طريق الحذف من الاوّل والثانى لدلالة الثالث حموى (قوله فان تخلل بينهما برء الى قوله فللولى القطع والقتل) يعنى اتفاقا لانه لا خلاف للصاحبين فيما اذا تخلل البرء بين العمدين وانما الخلاف فيما اذا لم يتخلل بينهما البرء فعند ابى حنيفة لا تداخل أيضا خلافا لهما ولهذا قال فى الدرر أما فى العمدين فان برأ بينهما يقتص بالقطع ثم بالقتل وان لم يبرأ فكذا عنده لانه المثل صورة ومعنى وعندهما يقتل ولا يقطع فيدخل جزاء القطع فى جزاء القتل انتهى وسيأتى فى كلام الشارح ما يفيده (قوله يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين) لان موجب الاوّل قد تقرر بالبرء فلا يدخل احدهما فى الآخر شلبى (قوله فيجب فى الخطأ الدية وفى العمد القود) بالاجماع ولا يتداخل احدهما فى الآخر لاختلافهما حموى (قوله وان كانا عمدين فعندهما يقتل الخ) وجه قولهما انه ما فوت بالفعلين الا النفس فقط كما اذا كان خطأ فثمة تجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص واحد ولان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء ووجه قول الامام انه أتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبان لوجود اثر القطع واثر القتل وأثر الثانى لا يعدم أثر الاوّل فبقيا فعلين حقيقة كما كانا لان الجمع متعذر للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء بخلاف الخطأين لان الموجب الدية وهى بدل

فلهما دية (وان أقر عبد بقتل عمد يقتص به) مطلقا سواء كان العبد مأذونا أو غيره وقال زفر لا يصح اقراره وقيد بالعمد لانه لو أقر بالخطأ لا يجوز اقراره (وان رمى رجلا) ذميا (عمدا فنفذ السهم منه الى آخر) فمات (يقتص) من الرامى (للاول وللثانى الدية) على عاقلته

(فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين ولو) كان الامران (عمدين أو خطأين أو مختلفين تخلل بينهما برء أو لا) هذه الجملة صفة لكل واحد من الصور الثلاث فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل وان كانا خطأين يجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب فى اليد القود وفى النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدة فيجب فى الخطأ الدية وفى العمد القود وان كانا عمدين فعندهما يقتل ولا يقطع وعند أبى حنيفة للولى الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وتعدده

النفس من غير اعتبار المساواة اتقانى وا كمل مع هداية (قوله وان كانا خطأين الخ) لان الكل يعتبر جناية واحدة شلبى (قوله الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية الخ) لان دية القطع انما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو ان يعلم عدم السراية والفرق بين هذه الصورة وبين عمدين لابرء بينهما ان الدية مثل غير معقول فالاصل عدم وجوبها بخلاف القصاص فانه مثل معقول فالحاصل ان القتل اما عمدا وخطأ والقطع كذلك صار اربعة ثم اما أن يكون بينهما برء اولا صار ثمانية وكل ذلك اما أن يتحقق من شخص واحد او شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لاغير درر مع عناية وهذا أى جعل الاوجه ستة عشر مع قطع النظر عما ذكره الشارح تفريعا على ما اذا كان احدهما عمدا والآخر خطأ من قوله فان كان القطع عمدا الخ وأما بالنظر اليه يلزم كون الاوجه اثنين وثلاثين واعلم ان علم عدم السراية الذى أشار اليه فى الدرر بقوله ان دية القطع انما تجب عند استحكام أثر الفعل وهو أن يعلم عدم السراية انما يكون بتخلل البرء وان لم يتخلل لم يعلم استحكام أثر الفعل أى لم يعلم عدم سراية القطع فتدخل دية القطع فى دية النفس لجواز كون القطع ساريا فيكون قتلا ابتداء (قوله بالرفع) لا حاجة اليه اذ لا يتوهم غيره كذا ذكره الحموى فى الحاشية وأجيب بأنه دفع به توهم النصب بأن مضمرة بعد الفاء على جعلها سببية واقعة فى جواب النفى قال وبهذا يرد اعتراضه وكانه فهم ان المراد رفع الفاعل أعنى دية لا الفعل انتهى وفيه نظر اذ ماذكر من الجواب يشير اليه قول الحموى فى الشرح فيجب بالرفع (قوله كمن ضربه الخ) هذا اذا ضربه عشرة فى موضع وتسعين فى موضع آخر فبرئ موضع التسعين وسرى موضع العشرة والا لا يمكن الفرق بين سراية العشرة وبرء التسعين عزمى (قوله وليس عليه بضرب التسعين شئ) وكذا كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر عند ابى حنيفة درر يقال اندمل الجرح برئ عزمى (قوله فان بقى لها أثر) أى ان بقى للتسعين التى برئ منها أثر وجب حكومة عدل ودية كاملة للنفس للقتل بالعشرة المكملة للمائة وهذا بالاجماع زيلعى (قوله ينبغى) أى يجب كذا قيل ولا يخفى مافيه اذ لا يلتئم مع مابعده (قوله وان عفا المقطوع عن القطع العمد) والخطأ كالعمد كما فى الشرنبلالية عن البرهان ويخالفه ما فى الدرر عن القهستانى والعفو عن الجرح كالعفو عن القطع وكذا الشجة كما سيذكره الشارح والتعبير فى كلام المصنف بالقطع كالوقاية هو الظاهر وينبنى عليه ماعللوا به عدم وجوب الدية عندهما بأن العفو عن القطع عفو عن النفس بخلاف تعبير صاحب الدرر بالقاطع بدل القطع ولهذا تعقبه عزمى زاده بأنه خلاف الظاهر (قوله ضمن القاطع الدية) فى ماله لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان حقه القتل لا القطع كما لو قال لا قطع لى قبل فلان كما فى شرح الحموى ومقتضاه انه اذا قال لا قطع لى قبل فلان فمات تجب الدية اتفاقا (قوله وفى القياس ينبغى أن يجب القصاص) لان العفو والحالة هذه عفو عن غير حقه لكن فى الاستحسان تجب الدية لان العفو وان صادف القطع دون القتل الا أن الفعل متحد صورة فتمكن شبهة العفو حموى (قوله وعندهما لا يضمن الدية) لانه يراد به العفو عن موجبه لا ذاته وموجبه قطع ان اقتصر وقتل ان سرى فيتناول أيهما وجد فان قلت القود انما يجب بعد الموت فينبغى ان لا يصح عفو المقطوع قلت السبب انعقد فى حقه فيعتبر حموى وشلبى ولهذا صح عفو الولى أيضا قبل موته (قوله لا يضمن الدية أيضا) لان اسم الجناية يتناول القطع والقتل جميعا وقوله وما يحدث منه أى من القطع تصريح بالعفو عن السراية فكان عفوا عن القتل والقطع خطأ كالعمد فى الوجوه المذكورة الا انه فى العمد يعتبر من جميع المال لان موجب العمد القود وذلك ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة وان كان خطأ يعتبر من ثلث ماله لانه تبرع بالدية فى مرض موته وتبرع المريض ينفذ من الثلث ويكون وصية للعاقلة حموى وقوله لا يضمن الدية أيضا لا يخفى مافيه لان عدم ضمان

وان كان خطأين تجب دية واحدة اتفاقا كما بين بقوله (الا فى خطأين) أى أخذ بالامرين الا فى خطأين (لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة) بالرفع (كمن ضربه) أى تجب فيه دية واحدة كما تجب فى من ضربه (مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة) دية معناه ضرب به تسعين فى موضع وعشرة فى موضع آخر فبرئ موضع التسعين وسرى العشرة (وليس عليه بضرب التسعين شئ من جهة الارش) وان بقى من جهة التعزير وعن أبى يوسف انه اوجب فيه حكومة عدل وعن محمد انه اوجب فيه أجرة الطبيب وثمن الادوية قالوا هذا محمول على ما اذا برئ من التسعين ولم يبق لها أثر أصلا فان بقى لها أثر ينبغى ان تجب عليه حكومة عدل ودية القتل (وان عفا المقطوع عن القطع) العمد (فمات) المقطوع من ذلك القطع (ضمن القاطع الدية) عند ابى حنيفة استحسانا وفى القياس ينبغى أن تجب القصاص وعندهما لا يضمن الدية (ولو عفا عن القطع وما يحدث عنه) أى عن القطع (أو) عفا (عن الجناية) لا يضمن الدية أيضا (فالخطأ) أى اذا كان القطع خطأ

الدية فيما اذا عفا عن القطع وما يحدث منه أو عفا عن الجناية ثم مات ينتقض بما اذا لم تخرج جناية الخطأ من الثلث فلو قال لا يضمن الدية أيضا في العمد وكذا الخطأ لو خرج من الثلث والا فبقدره لكان أولى شرنبلالية (قوله فالعفو يعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو انه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب ان لا تصح في حصته وأجيب بان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع ألا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز عناية ثم رأيت في حاشية الشلبي ما نصه وهذا الا يشكل عند من لم يجعل القاتل واحدا من العاقلة (قوله أي ثلث المعفو) حق العبارة ان يقال أي العفو عن الخطأ يخرج من ثلث مال العافي حموى (قوله فيضمن القاطع ثلثي المال) الموافق لما في الدرعن شرح الطحاوي ان يقال فيضمن العاقلة ثلثي الدية قال ومن ظن انها على القاطع فقد أخطأ ومفاده ان عفو الصحيح لا يعتبر من الثلث ذكره القهستاني (قوله والعمد من كل المال) لان موجب العمد القود وذلك ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فان قلت يشكل بما قدمناه من ان القصاص يثبت للورثة قلت لا اشكال لان الارث لا ينحصر في المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة يصح ان يكون موروثا ولا شك في قبول القصاص لذلك كما في العناية (قوله وكذا ان عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس) يعني ان العفو عن الشجة كالعفو عن القطع عنده وعندهما عفو عن النفس أيضا درر (قوله يد رجل عمدا) أو خطأ فلو أطلق كالملتقى وغيره لكان أولى در وكذا صاحب الهداية أطلق (قوله ثم مات) فلو لم تمت من السراية فمهرها الارش ولو عمدا اجماعا لانه لما برئ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا درر واكمل (قوله فلها مهر مثلها) لانه تزوجها على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه الا ان صورة العفو أورثت شبهة وان كان القطع خطأ يكون تزوجا على ارش اليد واذا سرى تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها فاختلفت ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما هداية مع عناية قلت وقال صاحب الدرر ينبغي ان تقع المقاصة في الخطأ أيضا لانها عليها دون العاقلة على القول المختار لكن ليس على اطلاقه بل في العجم ولعله أطلقه لاحالته لمحله در (قوله في مالها وعلى عاقلتها) أي في مالها ان كانت الجناية عمدا وعلى عاقلتها ان كانت خطأ (قوله أي يجب مهر مثلها الخ) فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع من ان يكون هو المهر اجيب بانه ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا عناية (قوله عطف الخ) يعني ان قوله وعلى عاقلتها خبر مبتدأ محذوف تقديره والدية والجملة عطف على قوله والدية في مالها (قوله لا على قوله في مالها) اي يصير التقدير في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا فاسد حموى (قوله وعندهما لا يجب شئ) لان التزوج على اليد تزوج على ما يحدث منه كالعفو (قوله ان استويا) قدرا ووصفا عيني (قوله وما يحدث منها) أي السراية (قوله فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح ان يكون مهرا عيني (قوله ولا شئ عليها) لانه رضي بسقوط القصاص على ان يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط مجانا عيني مع هداية (قوله رفع عن العاقلة مهر مثلها) أي عاقلة المرأة كما ذكره عزمي لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا فصحت التسمية الا انه يعتبر قدر مهر المثل من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه في التزوج لانه من الحوائج الاصلية كما ذكره العيني ولا فرق في رفع مهر مثلها عن العاقلة بموته من القطع خطأ بين ان يترك مالا آخر سوى الدية أم لا وما ذكره صدر الشريعة من تقييد المسئلة بما اذا لم يكن له

فالعفو يعتبر (من الثلث) أي ثلث المعفو (والعمد) فيضمن القاطع ثلثي المال حالا (والعمد) يعتبر (من كل المال) فلا يضمن شيئا وكذا اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس (وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها) على يده (ثم مات) مقطوع اليد (فلها مهر مثلها) أي المقطوع (والدية في مالها وعلى عاقلتها) أي يجب مهر مثلها والدية في مالها ان كان القطع (عمدا) (و) على عاقلة المرأة (لو) كان القطع (خطأ) استحسانا والقياس انه يجب القصاص الى آخره عطف قوله على عاقلتها على قوله في مالها هذا جملة على جملة لا على قوله في مالها عند أبي حنيفة وعندهما لا يجب شئ واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية وقعت المقاصة ان استويا وان فضلت الدية ترده على الورثة وان فضل المهر ترده الورثة عليها (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها ولا شئ) عليها (لو) كان القطع (عمدا ولو كان) القطع (خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها)

مال سواه ليس احترازيا بل ليعلم الحكم فيما اذا ترك مالا آخر بطريق الاولى كذا ذكره شيخنا ومنه يعلم سقوط ماذكره عزمى زاده من ان فائدة التقييد به ليست بواضحة وأما ماذكره فى الدرر من قوله ولا مال له سواه أى سوى مهر المثل فصوابه ابدال مهر المثل بالدية لان مهر المثل لها والذى للزوج انما هو الدية كما نبه عليه عزمى (قوله ولهم ثلث ماترك) أى ثلث مازاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية (قوله فالعاقلة لا يغرمون شيئا من ذلك لها) لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فكيف يغرمون لها (قوله وان كان مهر مثلها أقل الخ) وان كان أكثر لم تجب الزيادة لرضاها بالدية (قوله وان كان لا يخرج من الثلث سقط ثلثه الخ) اذ لا تنفذ الوصية الا من الثلث (قوله قتل به) اذ تبين بالسراية ان الجناية كانت قتلا عمدا وان حق المقتص فى القصاص فى النفس واستيفاء القطع من المقتص منه لا يوجب سقوط حق المقتص له فى القتل درر (قوله وعن أبى يوسف انه يسقط) لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه قلنا انما أقدم على القطع ظنا منه انه حقه وبعد السراية تبين انه القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به زيلعى (قوله وقالا لا شئ عليه) لانه استوفى حقه لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها فصار كما لو كان له قصاص فى اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع لان الاصابع من الكف كالاطراف من النفس وللامام انه استوفى غير حقه لان حقه فى القتل وهذا قطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس وانما لم يضمن فى الحال لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه فى الطرف سقط ضرورة ثبوت الحق فى القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الاطراف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعا على انا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء فى التوابع وانما دخلت فى النفس لعدم امكان الاحتراز عن اتلافها والاصابع وان كانت تابعة قياسا فالكف تابع لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تبع للنفس من كل وجه زيلعى مع هداية وهذا جواب بالمنع أى لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف عناية (قوله اذا لم يعف لم يضمن) أى اتفاقا حموى لمانع هو قيام الحق فى النفس لاستحالة ان يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئا لانه استيفاء فتبين ان العفو كان بعد الاستيفاء (قوله ولو قطع وما عفا وبرئ فهو على الخلاف) فى كلامه ما يوهم التكرار الا ان يحمل قوله لا يضمن على ما قبل البرء حموى (قوله فهو استيفاء) لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن (قوله على الخلاف فى الصحيح) لانه بعد البرء تبين ان القطع بغير حق (قوله وعندهما لا يضمن شيئا) وهو الاظهر كما فى الشرنبلالية عن البرهان لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عنها خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لئلا ينسد باب القصاص وللامام انه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وسقط القصاص لانه فى معنى الخطئ وهذا اذا استوفاه بنفسه بلا حكم الحاكم وأما الحاكم والحجام والختان والفصاد والبزاغ فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة كالاجير والاصل ان الواجب لا يتقيد بوصف السلامة والمباح يتقيد به ومنه ضرب الاب ابنه تأديبا أو الامام أو الوصى ومن الاول ضرب الاب أو الوصى أو المعلم باذن الاب تعليما فمات لا ضمان فضرب التأديب مقيد لانه مباح وضرب التعليم لا لانه واجب ومحله فى الضرب المعتاد وأما غيره فموجب للضمان فى الكل در بتصرف

(باب الشهادة فى القتل)

(قوله لما كانت الشهادة الخ) ولان المقصود من الشهادة اثبات القتل فكانت غير مقصودة فناسب أن يذكر حكمها بعد ذكر حكمه نوح (قوله ولا يقيد) بضم الياء من اقاد (قوله وحبس القاتل)

ولهم ثلث ماترك وصية) ومازاد على مهر المثل يكون وصية للعاقلة ويكون الواجب لها مقدار مهر المثل من الدية فان كان مهر مثلها والدية سواء فالعاقلة لا يغرمون شيئا من ذلك لها وان كان مهر مثلها أقل من الدية يرفع عن العاقلة مهر المثل ومازاد على ذلك ان كان يخرج من الثلث يرفع عنهم أيضا وان كان لا يخرج من الثلث سقط ثلثه ورد الفضل (ولو قطع يده فاقتص له) من اليد (فمات الاول قتل) المقتص منه (به) أى بسبب القطع وعن أبى يوسف انه يسقط حقه فى القصاص (وان قطع) ولى المقتول (يد القاتل) العامد (وعفا) ولى المقتول عن القصاص منه (ضمن القاطع دية اليد) مطلقا سواء قضى له بالقصاص أولا عند أبى حنيفة وقالا لا شئ عليه وفى القياس انه يجب القصاص وقيد بالعفو لانه اذا لم يعف لا يضمن ولو قطع وما عفا وبرئ فهو على الخلاف وفى الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف فى الصحيح ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن شيئا وهو قول الشافعى

(باب الشهادة فى القتل)

لما كانت الشهادة فى القتل شيئا متعلقا بالقتل نفسه اوردها بعد ماذكر أحكام القتل لان متعلق الشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (ولا يقيد) ابن (حاضر بحجته اذا كان) (أخوه غاب عن خصومته) ولكن قبلت البينة وحبس القاتل (فان بعد) الغائب عن الغيبة (لا بد من اعادته)

اذا أقام الحاضر البينة بالاجماع لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على انه لا يقضى مالم يحضر الغائب عينى لان المقصود الاستيفاء والحاضر لا يتمكن منه بالاجماع زيلعى (قوله أى اعادة الغائب البينة) أشار بهذا التفسير الى ان المصدر مضاف لفاعله والمفعول محذوف ويجوز أن يكون مضافا لمفعوله وهى الحجة وذكر الضمير الراجع لها بتأويل البرهان حموى (قوله عند أبى حنيفة) لان القصاص حق المقتول من وجه لما قالا وحق الورثة من وجه فان الوارث لو عفا عن الجارح حال حياة المجروح صح عفوه ولو لم يكن حقه لما صح كابراء الغريم فكان الاحتياط فى الاعادة بخلاف الخطأ لان الواجب المال وهو حق المقتول من كل وجه لانه يصرف فى حوائجه أولا وليس مبناه على التغليظ حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد كذا فى الاختيار وقوله وليس مبناه على التغليظ الخ يشير الى انه يثبت بالنكول ايضا كالغرة فانها تلزم بالنكول عن اليمين وقد سئل الشيخ خير الدين عن امرأة ادّعت انه أصابها بحجر من راعى الاغنام فألقت بسببه جنينا فأجاب بانه اذا ثبت بالبينة أو الاقرار أو النكول لزمه غرة الخ وقوله بخلاف الخطأ ليس المراد خصوص الخطأ بل المراد الاعم الشامل له ولما فى حكمه وهو شبه العمد فيثبت أيضا بالنكول ونحوه لان موجبه المال فتدبر (قوله وقالا لا يعيد) لانه يثبت للورثة بعد ثبوته للمورث بالنقل منه اليهم حتى يجرى فيه سهام الورثة ويصح عفو الميت قبل الموت وتقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وتنفذ وصاياه منه كما فى الدية والحاصل ان الخلاف فى اعادة البينة فرع الخلاف فى ان القصاص يثبت ابتداء للورثة بطريق الخلافة من غير سبق ملك المورث لان شرعية القود لتشفى الصدور ودرك الثأر والميت ليس بأهل له وقوله تعالى فقد جعلنا لوليه سلطانا نص فيه وهو مذهب الامام ومذهبهما يبتنى على انه يثبت لهما بطريق الارث كما لو انقلب مالا فلهذا لا ينتصب أحد الورثة خصما عن بقيتهم فى اثبات القصاص عنده خلافا لهما والاصل ان كل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة لا يصير أحدهم خصما عن الباقين والثأر مهموز علي وزن فاس الانتقام كذا بخط شيخنا (قوله أو دينا) خصه لان فى اعادة الحجة للعقار اختلافا وان كان الاصح انه لا يعيدها قهستانى عن القاعدى (قوله لا يعيد البينة اجماعا) لان الخطأ أوجب الدية بطريق ثبوت الوراثة اجماعا (قوله لم يقد بعد حضور الغائب أيضا) لانه يدعى على الحاضر سقوط حقه فى القود وانتقاله الى المال ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عنه فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له كما فى الزيلعى ولا وجه لقول الشارح أيضا كما ذكره السيد الحموى لان عدم القود هنا لسقوطه وعدم القود هناك لغيبة أحد الوليين (قوله فى الحكم المذكور) حتى لا تقبل بينة أقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو أقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد يعنى الحاضر خصم ويسقط القصاص لما ذكرنا فحاصله ان هذه المسئلة مثل الاولى فى جميع ما ذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع والفرق لهما فى الكل ولابى حنيفة فى الخطأ ان أحد الورثة خصم عن الباقين لما بينا ولا كذلك الموليان زيلعى (قوله لغت شهادتهما) لانهما يجران لانفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا عينى (قوله وهو عفو منهما) لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق أنفسهما زيلعى (قوله ولم يصدق المشهود عليه) لو أبدله بقوله وكذبهما المشهود عليه كما فى الدرر لكان أولى اذ لا يلزم من عدم التصديق التكذيب (قوله فالدية لهم أثلاثا) أى من حيث الاثلاث لانه بتصديقهما باهما أقر لهما بثلثى الدية فتلزمه لكن يزعمون كلهم ان نصيب الولى المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه وتحول نصيبه أيضا مالا فوجب عليه كل الدية عينى (قوله وان كذبهما الخ) لصدر الشريعة هنا بحث فليراجع (قوله فلا شئ لهما) لانهما أقرا بسقوط القصاص فيقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة عينى (قوله وللآخر ثلث الدية) لان دعواهما العفو وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو

(القتيل) أى اعادة الغائب البينة
القاتل عند أبى حنيفة وقالا لا يعيد
هذا اذا كان القتل عمدا (ولو)
كان (خطأ أو دينا) بأن كان
الحق دينا لابيهما على آخر فأقام
أحدهما البينة والآخر غائب ثم
حضر (لا) يعيد البينة بالاجماع
لانه يمكن من الاستيفاء (فان أثبت
القاتل عفو الغائب لم يقد) بعد
حضور الغائب أيضا (وكذا لو قتل
عبدهما وأحدهما غائب) فى الحكم
المذكور (وان شهد وليان بعفو
ثالثهما لغت) شهادتهما (وهو عفو
منهما (فان صدقهما القاتل) بالعفو
ولم يصدق المشهود عليه (فالدية
كلها (لهم أثلاثا وان كذبهما) أى
القاتل يعنى والمشهود عليه أيضا
(فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية)

منهما فى حقه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما عينى (قوله وان صدّقهما المشهود عليه وحده الخ) بقى لو صدّقهما المشهود عليه والقاتل فلاشئ للشريك وهو المشهود عليه لانه بتصديقه أبطل نصيبه ولهما ثلثا الدية لان نصيبهما صار مالا كما فى الدرر (قوله غرم القاتل ثلث الدية) للولى المشهود عليه لانه أقرّ بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد أقرّ انه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو قلنا ارتدّ اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه زيلعى (قوله لكنه يصرف الى الشاهدين) هو الاصح لان المشهود عليه يزعم انه قد عفا ولا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلث الدية دينا فى ذمته والذى فى يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما بذلك زيلعى (قوله والقياس ان لا يلزم القاتل شئ) لانهما ادعيا المال على القاتل وهو ينكر فلم يثبت وما أقر القاتل للشريك قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه المخبرين قد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط باخبارهما بالعفو كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لى ولكنه لفلان فان المال للمقر له الثانى كذا هنا كذا فى الدرر وقوله وما أقر القاتل للشريك قد بطل بتكذيبه من اضافة المصدر للفاعل أى بتكذيب المشهود عليه القاتل فى انكار العفو يعنى لما صدق المشهود عليه الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل فى انكاره العفو كما فى غاية البيان قال العلامة عزمى وقول الزيلعى قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له أوضح انتهى ومن هنا تعلم ان ما وقع فى كلام بعضهم معزيا للزيلعى حقه ان يعزى للدرر (قوله لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة) ولا يحتاج الشاهدان يقولا انه مات من جراحته در (قوله بطلت الشهادة) لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل وكذا لو كمل النصاب على كل قتل منهما للتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل ولو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به زيلعى (قوله بأن قال أحدهما قتله بالعصا الخ) قال فى الخزانة ولو شهد أحدهما بالقتل بالسيف والآخر بالسكين لم يجز ولو كانت الشهادتان باقراره جاز انتهى ومنه يظهر ان مدار بطلان الشهادة مجرد الاختلاف لا كون موجب شهادة احدهما العمد والآخر الخطأ كما فى المثال المذكور كذا ذكره عزمى (قوله وقالا لم ندر بماذا قتله) باثبات ألف ما الاستفهامية المجرورة لامتزاجها بذا كما فى مغنى اللبيب حموى (قوله تجب الدية استحسانا) قال فى خزانة المفتين الشهادة على القتل المطلق توجب الدية كالاقرار بالقتل المطلق انتهى (قوله والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة) لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ليمتنع العمل به قبل البيان فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة بل على السعى للدرء المندوب اليه ومثل ذلك سائغ لان الشرع اطلق الكذب فى اصلاح ذات البين قال صلى الله عليه وسلم ليس بكذاب من أصلح بين اثنين وهذا مثله بل احق وانما وجبت الدية فى ماله لان الاصل فى القتل العمد فلا تلزم العاقلة لما مر مرارا ولان المطلق يحمل على الكامل ولا يثبت الخطأ بالشك درر وزيلعى (تتمة) المطلق كالاسم المنكر الذى يعلم معناه وان كان غير معين والمجمل ما خفى المراد منه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ الا ببيان من المجمل كالاسم المشترك الذى لا يعلم معناه الا بقرينة وانى افندى (قوله وقال الولى قتلتماه جميعا له قتلهما) لان كلا منهما أقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه والمقر له صدقه فى وجوب القتل عليه ايضا

وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب المشهود عليه لكنه يصرف الى الشاهدين (ولو) والقياس ان لا يلزم القاتل شئ (انه ضربه) عمدا شهدا) أى الشاهدان (انه ضربه) (فلم يزل) المضروب (صاحب فراش حتى مات يقتص) من الضارب اذا شهدا انه ضربه بشئ جارح (وان اختلف شاهدا القتل فى الزمان) بان شهد أحدهما ان القتل كان فى يوم الخميس وشهد الآخر انه فى يوم الجمعة (او المكان) بأن شهد احدهما ان القتل كان فى بلد كذا وشهد الآخر أنه كان فى بلد آخر (او فيما وقع به القتل) أى اختلفا فى الآلة بان قال أحدهما قتله بالعصا والآخر انه قتله بالسلاح (او قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر) قتله ولكن (لم أدر بماذا قتل بطلت) الشهادة فى المسائل كلها (وان شهدا انه قتله) أى فلانا (وقالا لم ندر بماذا قتله تجب الدية) استحسانا والقياس انه لا تقبل هذه الشهادة (وان أقر ان كلا) أى كل واحد (منهما قتله) منفردا أى زيدا مثلا (وقال الولى قتلتماه جميعا) أى حال كونهما مجتمعين (له) أى يجوز للولى (قتلهما ولو كان مكان الاقرار

قوله لان الثابت الخ لم يوجد لهذه القولة أصلا فى نسخ الشارح التى بأيدينا

لكن كذبه فى انفراده بالقتل وتكذيب المقر له المقر فى بعض ما أقر به لا يبطل اقراره فى الباقى لان ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر لا يمنع صحة اقراره كذا فى الدرر قيد باقرار كل منهما لانه لو ثبت القتل عليهما لكن أحدهما بالاقرار والآخر بالبينة لم يكن له الا قتل المقر فقط قال الزيلعى ولو أقر رجل انه قتله وقامت بينة على آخر انه قتله وقال الولى قتله كلاهما كان له قتل المقر دون المشهود عليه وقيد بقوله قتلتماه لانه لو صدقهما لم يكن له قتل واحد منهما الان تصديقه كل واحد تكذيب للآخر كما فى الزيلعى ايضا الان كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه أحد ولو قال لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك كان له قتله الخ (قوله لغت الشهادة) لان تكذيب المشهود له الشاهد فى بعض ما شهد به تبطله شهادته درر والمراد من تكذيبه نفى استقلال كل من المشهود عليهما بالقتل لانه لما قال قتلا لم يثبت القتل لكل منفرد فلهذا صار مكذبا لكل من البينتين شرنبلالية ولو قال لاحد المشهود عليهما انت قتلته كان له قتله لعدم تكذيب شهوده عليه وانما كذب الآخرين وكذا الحكم فى الخطأ فى جميع ما ذكرنا زيلعى

(باب فى اعتبار حالة القتل)

لما كانت حالة الشئ بعد وجوده ذكر أحوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به حموى (قوله المعتبر حالة الرمى الخ) نوقض بما اذا رمى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا تجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك عناية (قوله فتجب الدية بردة المرمى اليه الخ) أى فى ماله (قوله وعندهما لا شئ على الرامى) لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لا يحرم الصيد بردة الرامى بعد الرمى فيحل أكله وكذا فى حق التكفير حتى جاز التكفير بعد الجرح خطأ قبل الموت لان سبب القتل قد تحقق والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة هداية بزيادة ايضاح والمراد من التقوم العصمة فسقط قول السيد الحموى فيه ان الحر لا يقال انه متقوم (قوله فلا شئ على الرامى عندهم) لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل كما ذكره العينى فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال الزيلعى وهذا يشهد لابى حنيفة (قوله اى ان رمى عبدا الخ) أى خطأ كما ذكره القهستانى فسقط قول السيد الحموى بهامش مسودة شرحه فيه انه اذا رماه كان القتل عمدا وموجبه القصاص لا القيمة انتهى لكن نقل فى حاشيته عن شرح المجمع للمصنف ما نصه وكان القياس يقتضى وجوب القصاص لا القيمة لكن سقط للشبهة فانه يجب للمولى لو اعتبر الرمى وللعبد ثم ينتقل الى وارثه لو اعتبر الوصول فأورث شبهة دارئة للقصاص انتهى ومفاده ان العبد قصد بالرمى عمدا فتحصل انه لا فرق فى عدم القصاص بين رميه خطأ أو عمدا خلافا لما ذكره القهستانى (قوله فعلى الرامى قيمته للمولى) لانه وقت الرمى مملوك عينى (قوله وقال محمد الخ) لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء واذا انقطعت السراية بقى مجرد الرمى وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك هداية مع عناية (قوله وقال زفر عليه الدية) لان الرمى انما صار علة عند الاصابة وهو حر فى ذلك الوقت فتجب ديته زيلعى (قوله ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم الخ) بخلاف ما اذا أشهد على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية فجاء المشهود بقتله حيا فان العاقلة بالخيار بين تضمين الولى لانه قبض الدية بغير حق أو الشهود لان المال تلف بشهادتهم ثم رجع

الشهود

شهادة لغت) الشهادة بان شهدا ان فلانا قتله وشهد آخران على آخر انه قتله وقال الولى قتلتماه جميعا بطل الكل

(باب فى اعتبار حالة القتل)

المعتبر حالة الرمى) دون الاصابة (فتجب الدية بردة المرمى اليه قبل الوصول لا باسلامه) أى ان رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به السهم فمات فعلى الرامى الدية لورثة المرتد عند أبى حنيفة وعندهما لا شئ على الرامى وان رمى الى مرتد فأسلم فوقع السهم عليه فلا شئ على الرامى عندهم خلافا لزفر (و) تجب (القيمة بعتقه) أى ان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم أصابه السهم فمات فعلى الرامى قيمته للمولى عندهما وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى حتى لو كانت قيمته قبل الرمى ألفا وبعد الرمى ثمانمائة يلزمه مائتان وقال زفر عليه الدية (ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى) صورته رجل قضى عليه بالرجم فرماه رجل بحجر ورجع أحد الشهود ثم أصابه

الشهود على الولى لانهم ملكوا المضمون وهو ما فى يد الولى كالغاصب مع غاصب الغاصب والعمد كالخطأ الا فى الرجوع أى ان كانت الشهادة على العمد فقتل به ثم جاء حيا تخير الورثة بين تضمين الولى الدية أو الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولى عند أبى حنيفة لانهم أوجبوا هنا للولى ما ليس بمال وهو القصاص فلا وجه لان يرجعوا بمال اذ لا مماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولى كما فى الخطأ ولو شهدا على اقرار القاتل بالخطأ أو العمد ثم جاء حيا لم يضمنا اذ لم يظهر كذبهما أو شهدا على شهادة غيرهما فى الخطأ وقضى بالدية على العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا أيضا اذ لم يظهر كذبهما لان المشهود به شهادة الاصول على القتل لا نفس القتل بل يضمن الولى الدية وقوله فى الدرر فى الصورتين للعاقلة سهو ظاهر كما ذكره نوح افندى لان الدية فى العمد لا تكون على العاقلة بل على الجانى فى ماله انتهى (قوله فلا شئ على الرامى) لان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها كما فى الهداية لكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد فعليه ربعها والاصل فى مسائل هذا الباب ان المعتبر وقت الرمى بالاتفاق وانما عدل أبو يوسف ومحمد فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له فى كما التبيين

(كتاب الديات)

(قوله ثم يسمى ذلك المال الخ) قال فى العناية وانما سمى بدل النفس دية لانه يؤدى عادة لانه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى (قوله تسمية بالمصدر) أى تسمية للعين بالمصدر حموى فيكون مجازا لغويا وحقيقة عرفية عند الفقهاء شيخنا (قوله كما فى العدة) يشير الى ما ذكره العينى من ان أصلها ودية كعدة أصلها وعدة لكن قال شيخنا فيه تجوز والا فالاصل ودى ووعد والتاء عوض عن الفاء بعد حذفها (قوله والارش اسم للواجب الخ) ظاهره ان ما وجب فيما دون النفس لا يقال له دية وليس كذلك قال فى البناية والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه حموى قلت وظاهره أيضا ان لا يطلق الارش على بدل النفس ولا على حكومة العدل وليس كذلك قال القهستانى وقد يطلق الارش على بدل النفس وحكومة العدل (قوله دية شبه العمد الخ) اعلم ان الدية فى شبه العمد لا تكون الا من الابل مغلظة على العاقلة فى ثلاث سنين يؤخذ فى كل سنة ثلث المائة من الابل كما قدمه الزيلعى أول الكتاب بخلاف الخطأ فان الخيار للقاتل وكلام الدرر يشير الى ان الواجب احد الثلاثة أعنى كون الدية من الابل أو الذهب أو الفضة وبه صرح فى شرح المجمع وعليه يكون الخيار للقاتل فى دفع أيها شاء ولو فى شبه العمد وصريح المحيط خلافه ورجحه فى الشرنبلالية لانه لو كان الواجب ما هو أعم من الابل لم يكن للتغليظ فائدة لانه يختار الاخف فتفوت حكمة التغليظ الخ (قوله مائة من الابل) بلا خلاف والخلاف فى القسمة فى الاصناف (قوله أرباعا) تمييز أو حال من الابل أو خبر يكون محذوفة حموى (قوله وعند محمد والشافعى ثلاثون الخ) للحديث الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها فى بطونها أولادها ولنا انه عليه السلام قضى فى الدية بمائة من الابل ارباعا ولم يرد به الخطأ لانها تجب اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد وما رواه غير ثابت ولان الامة اجتمعت على ان الدية مقدرة بمائة من الابل فلو اوجبنا الخلفات لزاد الواجب ولان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى عند تعارض الاخبار أولى هداية وزيلعى (قوله وأربعون ثنية) عبارة محمد فى الاصل وأربعون ما بين ثنية الى بازل عامه والبازل الذى دخل فى التاسعة فاذا دخل فى العاشرة فهو مخلف ثم ليس له اسم حموى ولا ينافيه ما ذكره نوح أفندى حيث قال والبازل البعير الذى انشق نابه وذلك فى السنة التاسعة والبازل أيضا اسم للسن التى طلعت وليس بعد التاسعة سن يسمى انتهى لان نفى التسمية بعد

المحرم فلاشئ على الرامى (وحل الصيد بردة الرامى) بعد الرمى (الا باسلامه) بعد الرمى (ووجب الجزاء بحله لا باحرامه) اى لو رمى المحرم صيدا ثم حل فأصابه السهم فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فأصابه السهم فلاشئ عليه

(كتاب الديات)

لما كانت الدية احدى موجبى القتل العمد الا ان معنى الاحياء فى القصاص أكثر قدم بيان القود على الدية وهى لغة مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال بدلا عن النفس ثم سمى ذلك المال بالدية تسمية بالمصدر والتاء فى آخرها عوض عن الواو فى أولها كما فى العدة والارش اسم للواجب على مادون النفس (دية شبه العمد مائة من الابل ارباعا من بنت مخاض الى جذعة) أى تجب خمس وعشرون من بنت مخاض وخمس وعشرون من بنت لبون وخمس وعشرون من حقة وخمس وعشرون من جذعة فى ثلاث سنين عند أبى حنيفة وعند محمد والشافعى أنه ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية خلفات أى فى بطونها أولاد

لتاسعة بالنظر لسن يتعين أخذه في الدية لامطلقا (قوله والخلفة الحامل) أي من النوق فقوله في بطونها اولادها صفة كاشفة كما في العناية والضمير في بطونها للثنيات شرنبلالية والخلفة بفتح الخاء وكسر اللام وتجمع على خلفات وخلائف وقد خلفت وخلفت اذا حملت واخلفت اذا حالت شيخنا عن نهاية ابن الاثير (قوله ولا تغليظ الا في الابل) تغليظ الدية مروي عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وأبي موسى الاشعري والمغيرة ابن شعبة رضي الله عنهم وان اختلفوا في كيفية التغليظ درر فلو قال المذكوران اللذان أحدهما لابي حنيفة وأبي يوسف والآخر لمحمد والشافعي ليسا بخارجين عن اختلاف الصحابة وان كان قول علي لم يذهب اليه احد من هؤلاء الاربعة كما ذكره عزمي لان مذهبه على انها تجب اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلاثون خلفة كما في الزيلعي وكذا مذهب عثمان تجب اثلاثا أيضا لكن من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمر وزيد بن ثابت والمغيرة وأبي اثلاثا كمذهبهما ومذهب ابن مسعود ارباعا مثل مذهبنا واعلم ان الحقة ماطعنت في الرابعة والجذعة ماطعنت في الخامسة والثنية ماطعنت في السادسة كذا عزاه بعضهم لشرح المجمع لكن الذي بخط السيد الحموي في شرحه الحقة هي التي تم عليها ثلاث سنين (قوله وبنت لبون) هي التي تم عليها حولان حموي (قوله الا من هذه الانواع الثلاثة) والخيار في هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي تجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين زيلعي واعلم انهم اختلفوا فيما سوى الابل هل هو أصل بنفسه في الدية او هو قيمة الابل قيل ان الدراهم والدنانير أصول في الدية بنفسها وليست بقيمة للابل وقال أبو بكر الرازي الاصل هو الابل وما سواها قيمة لها الا انها قيمة تقدرت بالشرع فلا يزاد عليها ولا ينقص عنها وقال الشافعي في أحد قوليه الدراهم والدنانير قيمة وانها تختلف باختلاف الازمان حموي عن البناية فان قلت هذا مناف لما سبق عن العناية حيث قال وانما سمي بدل النفس دية لانه يؤدى عادة لانه قلما يجري فيه العفو انتهى فاذا جاز العفو عن الكل فعن البعض بالاولى قلت قوله فلا يزاد عليها ولا ينقص أي من حيث القضاء بالدية لامطلقا فتدبر (قوله وقالا منها ومن البقر الخ) وهو رواية عن أبي حنيفة لرواية جابر انه عليه السلام فرض في الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة وكان عمر يقضي بذلك وله ان التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التي وردت فيها تحمل على القضاء بطريق الصلح كما في الزيلعي والمعتبر في قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل حلة كذلك وقيمة كل شاة خمسة دراهم (قوله كل حلة ازار ورداء) هو المختار وقيل قميص وسراويل عيني والحلة تجمع على حلل وحلال قاموس (قوله من هذه الاشياء) أي البقر والغنم والحلل كان صالح على أكثر من مائتي حلة فعلى قوله يجوز كما لو صالح على أكثر من مائتي فرس ولا يجوز على قولهما كما لو صالح على مائتي ابل وعلى الرواية الموافقة لقولهما لا يجوز عند الكل واعلم ان جعل الاشارة في كلام الشارح للبقر والغنم والحلل موافق لما في الهداية حيث قال ولو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز الخ ولكن ما نقله الحموي عن البناية حيث قال قيد بقوله من هذه الاشياء لانه لو صالح على خلاف جنس الدية كالحمير والبغال فانه يجوز سواء كان قليلا او كثيرا حيث كان الصلح قبل ان يقضي القاضي بجنس منه انتهى يقتضي ان الاشارة للابل والذهب والدراهم (قوله قيل لا يجوز وهو قول الكل) كون عدم الجواز قول الكل هو المذكور في كتاب المعاقل من المبسوط ولم يذكر فيه خلافا كما في العناية لكن قال الزيلعي وتأويله انه قولهما (قوله وأما عند أبي حنيفة فينبغي ان يجوز) واليه ذهب شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي حموي قلت وبه جزم القهستاني ولم يحك غيره ونصه وفائدة الخلاف انه لو صالح على أكثر من مائتي حلة لم يجز عندهما

والخلفة الحامل (ولا تغليظ الا في الابل ودية الخطأ مائة من الابل اخماسا من ابن مخاض) عشرون (وبنت مخاض) عشرون (وبنت لبون) عشرون (وحقة) عشرون (وجذعة) عشرون وبه قال الشافعي الا انه قال عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض (او ألف دينار او عشرة آلاف درهم) وقال مالك والشافعي اثنا عشر ألفا من الدراهم (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا منها) ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ازار ورداء ولو صالح الولي عن الدية على أكثر من هذه الاشياء قيل لا يجوز وهو قول الكل وقيل هو قولهما وأما عند أبي حنيفة فينبغي ان يجوز

وجاز عنده لانه صالح على ماليس من جنس الدية والصحيح ماذهب اليه أبو حنيفة كما في المضمرات الخ (قوله وكفارتهما) ذكر الكفارة في الدرر بافراد الضمير باعتبار النفس المقتولة والاولى ان يثنى ليظهر كونه للقتل خطأ وشبه عمد الا ان يقال لما كان شبه العمد خطأ بالنظر الى القتل وان كان عمدا بالنظر الى الضرب افرد الضمير لاتحاد حكم الكفارة في الخطأ وشبه العمد شرنبلالية ومنه يعلم سقوط ماذكره نوح أفندى وعزمى زاده من التصويب (قوله ماذكر في النص) هو وان كان واردا في الخطأ الا ان شبه العمد خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فتتناولهما الآية كما في الزيلعي ولا يختلفان فيه لعدم النقل بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة على ماسبق (قوله ولا يجوز الاطعام) اذ لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف درر (قوله والجنين) لانه لم تعرف حياته ولا سلامته ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص عيني (قوله لو كان احد أبويه مسلما) لانه مسلم تبعا والظاهر سلامة اطرافه لا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة اطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف اطرافه لانا نقول الحاجة في التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة في الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك في الاتلاف فافترقا كذا في الزيلعي وظاهره ان الرضيع اذا مات قبل ظهور سلامة أعضائه واطرافه يجزى عن الكفارة ويخالفه قول الاتقانى تأويل المسئلة انه عاش حتى ظهرت سلامة أطرافه حتى لو مات قبل ذلك لم تتأد به الكفارة كذا قال فخر الاسلام كذا ذكره الشيخ شاهين قال شيخنا ويوافق الزيلعي مافي العناية الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى لو اعتق صغيرا لا تعلم صحة اعضائه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة انتهى (تتمة) يد الرضيع ورجله وانفه كالبالغ فيجب فيها القود في العمد والدية في الخطأ بخلاف عينه وذكره ولسانه قبل ظهور صحتها كما سيأتي عن القهستانى في فصل الشجاج ففيما سبق عن الزيلعي وجرى عليه في منح الغفار واقره في الشرنبلالية حيث اطلق في قوله ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه مؤاخذة لاتخفى (قوله ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على على ومرفوعا الى النبي عليه السلام درر والموقوف ما يضاف الى الصحابة من أقوالهم وافعالهم والمرفوع ما يضاف الى النبي عليه الصلاة والسلام بلا ذكر الوسائط من الرواة كذا ذكره العلامة واخى أفندى وهل يجرى التغليظ في دية المرأة اذا كان الفعل شبه عمد بأن تؤخذ ارباعا من الابل قال شيخنا فلينظر (قوله ثلث الدية ومافوقها) انث الضمير وان كان المرجع مذكرا وهو الثلث لانه اكتسب التأنيث من المضاف اليه وهو الدية (قوله وبه أخذ الشافعى) رده الزيلعي بانه يؤدى الى المحال وهو ما اذا كان المها أشد ومصابها أكثر ان يقل ارشها بيانه انه لو قطع اصبع منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاث يجب ثلاثون لانها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه دون الثلث ولو قطع أربعة يجب عشرون بالتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لايوجب شيئا بل يسقط ماوجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافى ذلك اذ من المحال ان لاتوجب الجناية شيئا شرعا واقبح منه ان تسقط ماوجب لغيرها الخ حكى ان ربيعة الرأى دخل على ابن المسيب وكان على مذهب زيد فسأله عمن قطع اصبع امرأة ما يجب فقال عشرة من الابل قال فاصبعين قال عشرون قال ففى ثلاثة قال ثلاثون قال فلو قطع أربعة اصابع قال يجب عشرون فقال ربيعة سبحان الله كلما كثر المها قل عقلها قال السيد الحموى وفي هذه العبارة تورية لطيفة انتهى وابن المسيب بفتح الياء عند الاكثر شيخنا عن المناوى (قوله ودية المسلم والذمى سواء) لا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان تنتقص ديته به ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فبه أولى لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرقية بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك بالنكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر

(وكفارتهما ماذكر في النص) وهو تحرير رقبة مؤمنة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين (ولا يجوز الاطعام والجنين) يعنى تحريره (ويجوز رضيع لو كان أحد أبويه مسلما) (ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها) حتى يجب في قتل المرأة خطأ خمسة آلاف درهم وفي قطع يدها ألفان وخمسمائة درهم وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه ثلث الدية ومافوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف وبه أخذ الشافعى (ودية المسلم

يساوى المسلم فى هذا المعنى فوجب ان يكون بدله كبدله زيلعى (قوله والذمى) وان كان مجوسيا (قوله والمستأمن) صحح فى الجوهرة انه لا دية فى المستأمن واقره فى الشرنبلالية لكن بالتسوية جزم فى الاختيار وصححه الزيلعى كذا فى الدر لكن قوله واقره فى الشرنبلالية غير مسلم لانه بعد ان نقل عن الجوهرة تصحيح عدم الدية ذكر ما نصه وقال الزيلعى والمستأمن ديته مثل دية الذمى فى الصحيح لما روينا فقد اختلف التصحيح انتهى كلامه (قوله وقال الشافعى دية الكتابى الخ) له ما روى انه عليه الصلاة والسلام جعل ديتهم هكذا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر وما رواه لم تعرف رواته ولم يذكر فى كتب الحديث هداية (قوله وقال مالك الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنى عشر ألفا ولنا ما بينا

*(فصــــل فيما تجب الدية فيه) (قوله فى النفس والانف) كان الاولى عدم ذكر النفس لانه مستدرك للعلم به مما سبق حموى والاصل قوله عليه الصلاة والسلام فى اللسان الدية وفى المارن الدية فالنص الوارد فى البعض يكون واردا فى الباقى دلالة لانه فى معناه والاصل فى الاعضاء انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال تجب الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه كما فى الزيلعى والتقييد بالكمال للاحتراز عن غير الكامل حيث لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس او آلة الخصى او العنين او اليد الشلاء او الرجل العرجاء او العين العوراء أو السن السوداء لا يجب القصاص فى العمد ولا الدية فى الخطا لانه لم يفوت منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل كذا فى العناية قال شيخنا ومفاده انه لو ضرب معتوها فجن لا دية عليه لانه لم يزل منفعة على الكمال انتهى (قوله معناه بسبب الخ) يشير الى ان فى سببية لقوله صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل شاة كما فى البناية لكن قال الحموى وهو قليل نادر كما فى بعض شروح النحو (قوله والمارن) كذا لو قطعه مع القصبة لا يزيد على دية واحدة كما فى الشرنبلالية عن الجوهرة وكذا تجب الدية بقطع ارنبة الانف وهو طرفه كما فى الزيلعى ويخالفه ما فى الخانية حيث قال وفى أرنبة الانف حكومة عدل (قوله واللسان) ان منع النطق او اداء أكثر الحروف والا قسمت الدية على عدد الحروف الهجائية الثمانية والعشرين او الحروف التى تتعلق باللسان فتجب الدية بقدر ما فات واعلم ان التصحيح قد اختلف كما بسطه فى الشرنبلالية وما فى الشرنبلالية عن الجوهرة من ان حروف اللسان ثمانية عشر حرفا مخالف لما فى شرح العينى من انها ستة عشر حرفا يجمعها قولك ذرى جل صدت طس شتر نضظ وما ذكره العينى موافق للزيلعى حيث قال وهى التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاى والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما أصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهى الهمزة والهاء والعين والحاء والغين والخاء ولا الشفوية وهى الباء والفاء والميم والواو انتهى (قوله والسمع الخ) لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى ان عمر قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر كذا فى الهداية وقال أبو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه منكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب والا فهى ذاهبة كذا فى شرح العينى وقوله والقول قول الجانى أى بيمينه على البتات لانه يمين على فعل نفسه وهو اذهاب بصر غيره شلبى وفى الشم بالروائح الكريهة وفى الذوق باستغفاله واطعامه نحو حنظل بعد حلو وفى الكلام بأن يغرز لسانه بابرة فان خرج منه دم اسود فصادق وان احمر فلا كما فى الشرنبلالية أو تطلب غفلته ليسمع كلامه اذا لم يكن عنده أحد كما فى شرح الحموى عن تاج الشريعة وفى السمع يتغافل ثم ينادى فان أجاب علم انه لم يذهب روى عن اسماعيل بن حماد بن أبى حنيفة ان امرأة ادعت على رجل ضربها انها لا تسمع

والذمى) والمستأمن (سواء) وقال
الشافعى دية الكتابى أربعة آلاف درهم
ودية المجوسى ثمانمائة درهم وقال
مالك دية الكتابى ستة آلاف درهم وهو
أحد قولى الشافعى

(فصـــل فيما تجب فيه الدية)
(فى النفس) معناه بسبب اتلافها
لانه الانصح ظرفا للدية (والانف
والمارن واللسان والذكر والحشفة
والعقل والسمع والبصر والشم والذوق

وتطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها ز يلعى فان قيل كيف اوجبتم أربع ديات فيما اذا ضربه ضربة واحدة فذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر مع انها اذا افضت الى موته لم تجب الا دية واحدة والموت أعظم من ذلك قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشياء تبع للجملة فيدخل التبع فى المتبوع فاما اذا لم يمت فكل واحد من هذه المعانى غير تابع للآخر فلم يدخل فى ارشه شلبى وذكر الوانى انها من الغرائب التى يسئل عنها وهو انه أى شئ تكون الجناية بازالة بعضه أعظم من الجناية بازالة كله انتهى (قوله واللحية ان لم تنبت) ويؤجل سنة وفى نصفها نصف الدية وفيما دونه حكومة عدل كشارب ولحية عبد فى الصحيح كذا فى الدر وان مات قبل تمام السنة ولم تنبت لاشئ على الجانى كشعر ساق وصدر ويؤدب على ارتكابه المحرم وان نبت بعضها دون بعض فحكومة عدل فان نبت أبيض لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة فى الحر وعندهما حكومة عدل كما فى العبد واختلفوا فى لحية الكوسج والاصح انه ان كان فى ذقنه شعرات معدودة فليس فى حلقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية ويستوى العمد والخطأ فى حلق الشعر كما فى الشرنبلالية عن التبيين وقاضيخان وصورة الحلق خطأ أن يظنه مباح الدم فحلق الولى لحيته ثم ظهر خلافه قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان واجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص او دلالته ولا نص فى الشعور وليست فى معنى المنصوص وهو المجروح لانه لا يحتاج فى تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما يتوهم فى الجراحات فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا عناية والكوسج بضم الكاف وفتحها قهستانى واللحية تجمع على لحى كسدرة وسدر وبضم اللام أيضا مثل حلية وحلى شلبى عن المصباح والمراد ضم لام الجمع لا المفرد (قوله ان لم تنبت) بضم حرف المضارعة من الانبات شلبى عن المغرب وقول الصحاح انبت الغلام أى نبتت عانته يفيد ان انبت بمعنى نبت وعليه فلا يتعين ضم حرف المضارعة من قوله ان لم ينبت بل يجوز فتحها (قوله وشعر الرأس) اذا حلق ولم ينبت در فلو أخر المصنف قوله ان لم ينبت عن قوله وشعر الرأس لكان أولى (قوله والعينين) المراد ذهاب مقلتهما وفى قوله والبصر ذهاب الضوء مع بقاء العين وهذا اذا كان خطأ اما اذا كان عمدا ففيه القصاص كما أفاده قوله فيما مر والعين ان ذهب ضوؤها وهى قائمة حموى قلت والقرينة على هذه الارادة ما سيأتى من قوله وفى أشفار العينين الدية فلو كان المراد من قوله والعينين ذهاب شعرهما يلزم التكرار الا ان يراد بالاشفار حروف العينين فلا تكرار حينئذ وقول السيد الحموى وفى قوله والبصر الخ أى والمراد ذهاب الضوء مع بقاء العين فى قوله والبصر (قوله والانثيين) واذا قطع الانثيين مع الذكر او قطع الذكر او لا ثم الانثيين ففيهما ديتان لان منفعة الانثيين بعد قطع الذكر قائمة وهى امساك المنى والبول وان قطع الانثيين ثم الذكر ففى الانثيين الدية وفى الذكر حكومة عدل لان بقطع الانثيين صار خصيا وفى ذكر الخصى حكومة عدل ولانه اختلفت منفعة الايلاد فصار كاليد الشلاء كما فى الاختيار (قوله وثديى المرأة) ففى قطعهما الدية كاملة وفى قطع أحدهما نصف الدية بخلاف ثديى الرجل لانه ليس فيه تفويت منفعة الارضاع فيجب حكومة عدل وفى حلمتى المرأة كمال الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن وفى احداهما نصف الدية والخنثى كالمرأة عند الامام وعندهما يجب نصف ما فى ثديى الرجل ونصف ما فى ثديى المرأة كما فى الجوهرة عينى وحموى (قوله او بالفاعلية والفعل محذوف) لكن يتطرق على هذا نكتة تقديم المعمول على عامله حموى (قوله وتجب فى بعض اللسان الخ) المتبادر رجوع الضمير فى تجب لحكومة العدل وهو فاسد لما فى البناية وفى قطع بعضه أى اللسان اذا منع الكلام الدية حموى (قوله وفى اشفار العينين الخ) قيد بالاشفار لانه لو قطع الاجفان التى لا اشفار لها تجب حكومة عدل كما فى غاية البيان (قوله اذا لم تنبت) يعنى على احتمال ان يراد

واللحيـة ان لم تنبت وشعر الرأس
و) فى (العينين واليدين والشفتين
والحاجبين والرجلين والاذنين
والانثيين وثديى المرأة) وحلمتيهما
(الدية) مرفوع بالابتداء وخبره فى
النفس فى أول الفصل او بالفاعلية
والفعل محذوف أى يجب واما فى ثديى
الرجل تجب حكومة عدل وقال
مالك والشافعى وفى الحاجبين تجب
حكومة عدل وتجب فى بعض اللسان
اذا منع الكلام (وفى كل واحد
من هذه الاشياء) التى هى اثنان فى
بدن الانسان (نصف الدية وفى أشفار
العينين الدية) اذا لم تنبت (وفى أحدهما
ربعها

بالاشفار الاهداب كما سيأتى واما على احتمال ان يراد بها حروف العينين فلا حاجة الى ذكره فاعتراض السيد الحموى عليه بأنه غير ملائم لقوله بعد ذلك ثم يحتمل ساقط فتنبه (قوله ثم يحتمل الخ) يعنى ويحتمل ان يراد بالاشفار حروف العينين وهو حقيقة فيه قال فى الشرنبلالية وايهما اريد كان مستقيما لان فى كل واحد دية كاملة واذا نبتت الاهداب فلا شئ ولم يذكر التأجيل ولعله كاللحية انتهى وقوله لان فى كل واحد دية كاملة أى فى كل واحد من الشفر ومنابته كما فى الزيلعى (قوله بالضم) ويقال بفتح الشين ايضا كما فى العينى وهو حرف الجفن الذى ينبت عليه الشعر كما فى شرح الحموى (قوله منبت الاهداب) بكسر الباء موضع النبات كما فى المختار والهدب حرف الجفن كذا بخط شيخنا (قوله تسمية للنابت الخ) أى تسمية للحال باسم المحل وهو شائع لغة كما يقال سال الميزاب وسال الوادى وهو لا يسيل وانما الماء هو الذى يسيل فيه كذا بخط شيخنا (قوله للمجاورة بينهما) يعنى بين الحال ومحله (قوله ولو قطع الجفون باهدابها تجب دية واحدة) لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر كما فى الشرنبلالية عن التبيين وفى واقعات الحسام الشهيد خمسة تتبع لخمسة الكف تتبع للاصابع والثدى للحلمة والاهداب للاشفار والذكر للحشفة والانف للمارن حموى (قوله وفى كل اصبع الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم وفى كل اصبع عشر من الابل قيد بالاصبع لما فى الاختيار وفى قلع الاظفار فلم تنبت حكومة عدل لانه لم يرد فيها ارش مقدر والاصبع مؤنثة وفيها عشر لغات جمعها ابن مالك فى قوله

تثليث باصبع مع شكل همزته * بغير قيد مع الاصبوع قد نقلا

حموى (قوله مفاصل) المفصل وزان مسجد أحد مفاصل الاعضاء وبالثلث بالامر من مفصله أى منتهاه والمفصل وزان مقود اللسان وكسرت ميمه على التشبيه باسم الآلة (قوله ففى أحدها ثلث دية أصبع) لانه ثلثها درر (قوله كالابهام) لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع درر يعنى ان عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو بمقابلة مفاصلها فما فيه ثلاث مفاصل كان لكل منها ثلثه وما فيه مفصلان كان لكل منهما نصفه عناية (قوله وفى كل سن الخ) لقوله صلى الله عليه وسلم وفى كل سن خمس من الابل وما فى الشرنبلالية عن الجوهرة من قوله يعنى سن الرجل ودية سن المرأة نصف دية سن الرجل لا حاجة اليه للتصريح به فى الدرر كالكنز وعبارة متنه ودية المرأة نصف دية الرجل فى النفس وما دونها انتهى (قوله أو خمسمائة درهم) فان قلت يلزم على هذا زيادة دية الانسان كلها على دية النفس بثلاثة أخماسها لانها فى الغالب اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب واربع ثنايا وأربعة ضواحك قلت لا بأس بذلك لانه ثابت بالنص على خلاف القياس كما فى الدر عن الغاية واذا ثبت هذا بخلاف القياس كان غير معقول المعنى وقيد بالغالب احترازا عن الكوسج فان اسنانه لا تزيد على ثمانية وعشرين حكى ان امرأة قالت لزوجها يا كوسج فقال ان كنت كوسجا فأنت طالق روى عن أبى حنيفة انه قال تعد اسنانه فان كانت ثمانية وعشرين يكون كوسجا كما فى الخلاصة والتتمة ثم رأيت فى حاشية الشلبى بعد ان قال ينبغى ان يجب فى كل سن ربع ثمن الدية فما الحكمة فى وجوب نصف العشر ذكر ما نصه ان عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين سنا فالاربعة الاخيرة وهى اسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعض بعضها وللبعض كلها فالعدد الاوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن تبطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التى تقابلها وهى منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد الاوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف منفعة السن الاخرى التى تقابلها سدس العشر ومجموعهما نصف العشر انتهى معزيا الى شرح الوقاية وقوله وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واصل بما قبله بقى ان يقال هل يستأنى حولا فى كسر السن أو قلعها أولا فيه خلاف ويفتى بأنه لا يؤجل والخلاف فى البالغ ومع هذا لو نبتت فلا شئ عليه ولو ردها الى مكانها

ثم يحتمل ان يراد بها الاهداب مجازا لان شفر العين بالضم منبت الاهداب وسمى الهدب شفرا تسمية للنابت باسم المنبت للمجاورة بينهما ولو قطع الجفون باهدابها يجب دية واحدة (وفى كل أصبع من أصابع اليدين او الرجلين عشرها) ففى قطع كل أصابع اليدين أو الرجلين كل الدية (وما فيها ثلاث (مفاصل) أى كل اصبع فيها ثلاث مفاصل (ففى أحدها ثلث دية أصبع ونصفها) أى نصف دية أصبع (لو فيها مفصلان) كالابهام (وفى كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم وكل عضو ذهب نفعه

ففيه

ان نبتت

فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى الضارب الارش بكماله لان المعاد لا ينتفع به لانقطاع العروق حموى (تتمة) الثنايا هي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهي ما تلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنا عشر سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاثة من فوق وثلاثة من أسفل عناية (قوله دية كاملة) أي دية ذلك العضو تجب كاملة حموى لتفويت جنس المنفعة ولا عبرة للصورة بدونها الا اذا تجردت عند الاتلاف بأن اتلف عضوا ذهبت منفعته ففيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء وارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة أي الطرشاء فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها كما في ازيلعي بقي ان يقال تفسير الاذن الشاخصة بالطرشاء موافق لما في الدرر ويخالفه ما في العناية وحاشية الدرر لعزمي زاده وعبارته الشاخصة أي المرتفعة من شخص بالفتح شخوصا قال في الجمهرة شخص من مكان الى مكان اذا سار في ارتفاع كذا في غاية البيان انتهى (قوله كيد شلت) بالبناء للفاعل قال في الصحاح يقال شلت عينه بالفتح وأشلها الله (قوله فانقطع ماؤه) لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل كما في ازيلعي وما في الدرر من قوله فانقطع نسله فيه نظر كما في الشرنبلالية لان قطع النسل لا يوقف عليه فحق العبارة ان يقال فانقطع ماؤه لمدار الحكم على ما هو الظاهر (قوله وكذا لو أحدبه) أي لو ضربه على ظهره فصار أحدب لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم ولو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها لا عن اثر ولو بقي اثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء اثرها زيلعي (تتمة) وطئ زوجته البكر فافضاها ان كانت ممن لا يجامع مثلها وجب الضمان بالاتفاق وان كانت ممن يجامع مثلها فكذا عند أبي يوسف خلافا لهما الى هذا أشار الحموي في حاشية الاشباه وكلامه يفيد ترجيح قول أبي يوسف ولهذا تعقب ما في الاشباه من كتاب الجنايات حيث قال وطئ زوجته فافضاها وماتت فلا ضمان عليه لكون الوطء أخذ موجبه وهو المهر فلا يجب به آخر الخ بقوله ان المهر مقابل بالوطء من حيث انه استمتاع والضمان بالافضاء ليس من حيث انه وطء ليلزم كونه موجبا لشيئين بل من حيث ما تسبب عنه وهو الافضاء انتهى وفي بيان المضمون تفصيل ذكرناه في شرح قول المتن ومن زنى بامة فقتلها قبيل باب الشهادة على الزنى حاصله انه اذا كان بولها يستمسك وجب ضمان ثلث الدية والا فالدية كاملة وليس الوجوب على الزوج بل على العاقلة ذكره الحموي أيضا

*(فصل في الشجاج) عقدها فصلا على حدة لكثرة مسائلها وان كانت نوعا من أنواع ما دون النفس (قوله تختص بالوجه والرأس لغة) مخالف لما ذكره نوح أفندي معزيا الى القاموس ونصه الشجاج بكسر الشين جمع شجة بفتحها من الشج وهو كسر الرأس خاصة قال صاحب القاموس شج رأسه كسره انتهى فانخالفه من وجهين اذ على ما في القاموس لا يطلق الشج على ما يكون بالوجه وكذا لا يطلق على ما يكون بالرأس اذا لم يكن كسرا وهو خلاف كلام الشارح صريحا بالنسبة للوجه الاول وكذا بالنسبة للوجه الثاني بحسب الظاهر اللهم لان يحمل ما في القاموس بالنظر للوجه الاول على ما هو الحقيقة عند اللغويين فلا ينافي ما ذكره الشارح لحمله على ما هو المجاز عندهم كما أشار الى ذلك ابن الاثير على ما نقل عنه الحموي فقال في كلام ابن الاثير الشجاج خاص بالرأس ثم استعمل في غيره من الاعضاء انتهى يعني مجازا بناء على ان المراد من قوله ثم استعمل الخ أي لغة لكن يأباه ما ذكره الحموي بعد من قوله أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة وفي غيرهما لا يجب المقدر فيهما بل تجب حكومة العدل وقال الليث يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن انتهى (قوله وهي عشرة) لان الشجة اما ان تقطع الجلد فقط او تزيد عليه والاولى اما ان يظهر فيها دم أولا الاولى الخارصة والثانية اما ان تسيل أولا الثاني الدامعة والاول الدامية وما يزيد اما ان يقطع اللحم الذي بينه وبين العظم أولا الثاني

دية) كاملة (كيد شلت وعين ذهب ضوءها) بالضرب ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية وكذا لو أحدبه

(فصل في الشجاج) الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وفي غيرهما تسمى جراحة (والشجة وهي عشرة

الباضعة والاول امان يظهر القطع الجلدة الرقيقة الحائلة بين الجلد والعظم أولا الثانى المتلاحمة والاول السمحاق ثم ان اظهرت العظم ولم تنقله فهى الموضحة وان نقلته فهى المنقلة ان لم تصل الى الجلدة التى بين العظم والدماغ وان وصلت فهى الآمة حموى (قوله الحارصة) بالحاء والصاد المهملتين حموى (قوله أى تخدشه) الخدوش الجروح وقد خدش وجهه من باب ضرب شيخنا عن المختار (قوله وهى التى تسيل الدم) هذا هو الصحيح خلافا لما نقله العينى عن المرغينانى من ان الدامية هى التى تدمى من غير ان يسيل منها هو الصحيح يروى عن ابن عبيد انتهى لانه لا يلزم عليه ان تتحد الدامية بالدامعة وان تصير الشجاج تسعة لا عشرة (قوله والباضعة) بالضاد المعجمة والعين المهملة وقوله وهى التى تقطع الجلد أى ولم تنفذ الى اللحم كما فى الكافى (قوله والمتلاحمة) من تلاحم أى التأم والتصق سميت بذلك تفاؤلا كما سمى اللديغ سليما (قوله وهى التى تكسر العظم) أشار بهذا الى وجه التسمية يعنى سميت بالهاشمة لان الهشم كسر العظم ولو قال وهى التى تكسر عظم الرأس لكان أولى نوح أفندى (قوله وهو الذى فيه الدماغ) أى جلدة رقيقة تجمع الدماغ درر (قوله والمنقلة) بكسر القاف شيخنا عن الصحاح يعنى وبالتشديد حموى عن الرمز وفيه كلام لنوح أفندى فليراجع (قوله بعد الكسر) فلو نقلته بلا كسر بان انفك من مفصله يكون خارجا عن التعريف ويحتاج حكمه الى تعريف اللهم الا ان يقال انه فى حكم الكسر حموى (قوله فى الموضحة نصف عشر الدية) يعنى فيجب خمس من الابل ان كان المجنى عليه رجلا ونصفها أى الخمسة ان كان امرأة شرنبلالية عن الجوهرة (قوله ان كانت خطأ) يعنى وكان غير اصلع والا ففيها حكومة در عن القهستانى معزيا للذخيرة (قوله وان كانت عمدا يجب القصاص) لامكان اعتبار المساواة فيها بأن يسبر غورها بالمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع كذا فى الدرر وقوله فيقطع بها مقدار ما قطع يعنى وان لم يبن عظم الجانى بان كان جسيما لحصول المساواة يقال سبرت الجرح اسبره اذا نظرت ما غوره والمسبار ما يسبر به الجرح والسبار مثله وغور كل شئ قعره أى عمقه صحاح (قوله وفى الهاشمة الخ) دليل ذلك ما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى الجائفة ثلث الدية عينى (قوله وفى الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر الخ) ولهذا قال فى الخانية موضعها ما بين اللبة والعانة (قوله ما يصل الى الجوف من الصدر والظهر والبطن) والجنبين قال فى العناية والاسم دليل عليه (قوله وما فوق ذلك ليس بجائفة) مخالف لما فى الهداية حيث قال وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن انتهى (قوله فثلثاها) لان أبا بكر رضى الله عنه هكذا حكم ولانهما جائفتان درر (قوله فعلى هذا ذكر الجائفة فى مسائل الشجاج اتفاقى) لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن عناية (قوله تختص بجوف الرأس الخ) فيه نظر بالنسبة لجوف الرأس لان ذلك لا يسمى جائفة اذ الجائفة ضربة فيما بين اللبة والعانة ولم تنفذ فلا تكون فوق الذقن ولا فى الرقبة ولا فى الحلق ولا فى اليدين ولا ما تحت العانة بين الفخذين والرجلين ولا تكون الا فيما يصل الى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنبين وكل ما وصل الى الفم ففيه حكومة عدل وان كانت بين الانثيين والدبر ووصلت الى الجوف فهى جائفة حموى عن الاتقانى والكرخى وأقول ما ذكره الاتقانى والكرخى حكاه العينى بقيل ونصه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق الخ ومنه يعلم سقوط التنظير ثم الشجاج كلها اذا برأت ولم يبق لها اثر لا يجب شئ فى العمد والخطا الا رواية عن أبى يوسف يجب مقدار أجر الطبيب وان بقى لها اثر بعد البرء ففى الخطا فى الموضحة وما فوقها اروش مقدرة ذكرناها وفيما قبلها حكومة عدل واما فى العمد فلا يجب القصاص الا فى الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الاروش انتهى (قوله وفى الحارصة) منها الى السمحاق دون الموضحة والذى فوق الموضحة الاربعة الهاشمة والمنقلة والآمة (قوله والسمحاق) وهى التى تصل الى جلدة رقيقة بين

اللحم

(الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله بل يجتمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم (والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه من البضع (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ باللحم وتقطعه (والسمحاق) وهى التى تصل الى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تكسر العظم (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهى التى تصل الى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ (فى الموضحة نصف عشر الدية) ان كانت خطأ وان كانت عمدا يجب القصاص وفى الهاشمة عشرها (وفى المنقلة عشر ونصف عشر) من الدية (وفى الآمة والجائفة ثلثها) وفى الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر والظهر والبطن وما وصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك ليس بجائفة فان نفذت الجائفة فتكون جائفتين (فثلثاها) فعلى هذا ذكر الجائفة فى مسائل الشجاج اتفاقى وفى الكافى الجائفة تختص بجوف الرأس أو بجوف البطن فيكون ذكرها فى محلها (وفى الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق

اللحم وعظم الرأس تسمى سمحاقا درر أى تسمى تلك الجلدة الرقيقة الخ فتسمية الشجة بذلك من مجاز المجاورة عزمى زاده والسمحاق بكسر السين المهملة وسكون الميم وبالحاء المهملة (قوله حكومة عدل) لانه ليس فيها ارش مقدر من جهة السمع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز عينى (قوله اذا كان خطأ) فى تقييد وجوب حكومة العدل فى الحارصة ونحوها بالخطا نظر لانه خلاف ماجرى عليه المصنف لانه جار على وجوب حكومة العدل فى غير الموضحة مطلقا سواء صدرت الجناية خطأ او عمدا بدليل قوله ولا قصاص فى غير الموضحة فلو ابقى المتن على اطلاقه بأن قال خطأ كانت الجناية او عمدا ثم حكى الخلاف بعده لكان أولى (قوله ولا قصاص فى غير الموضحة) العمد اذا ماثل الجانى المجنى عليه فلو كان اصلع لا قصاص لان موضحة الاصلع ايسر وان الشاج أيضا أصلع يقتص وان لم يكن ورضى به لم يكن له ذلك حموى (قوله وقيل الصحيح انه يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة فيه بما ذكر فى الموضحة وهو الاصح كما فى الدرر لكن فى الشرنبلالية ذكر ان الفتوى على وجوب حكومة العدل بلا فرق بين العمد وغيره وعزاه الى الكافى والوقاية (تتمة) العمل بما عليه الفتوى واجب اذ كونه مفتى به يستلزم ان يكون صحيحا معمولا به ولا يعارضه الاصح او الصحيح لعدم استلزام كون الفتوى والعمل عليه نوح أفندى بتصرف (قوله يجب القصاص فيما دون الموضحة) شامل للسمحاق وفيه تسامح لما فى الجوهرة ذكر محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية انما قبل الموضحة فيه القصاص الا فى السمحاق فانه لا قصاص فيه اجماعا لعدم المماثلة لانه لا يقدر ان يشق حتى ينتهى الى جلدة رقيقة فوق العظم وانما خص ما دون الموضحة بالحكم احترازا عما فوقها كالهاشمة والمنقلة لانه لا قصاص فيه اجماعا كذا فى الشرنبلالية وأقول ما ادّعاه فى الجوهرة من الاجماع على عدم القصاص فى السمحاق نظر فيه العلامة الحموى بما فى البناية حيث ذكر ان فى السمحاق قصاصا فى ظاهر الرواية انتهى فدعوى التسامح ممنوعة (قوله وغير هذه شجة الخ) كذا فى بعض النسخ وفى بعضها ونظير هذه حموى (قوله تسمى دامغة) ذكر أبو يوسف فى نوادره ان فيها ثلثى الدية بمنزلة الجائفتين وهذا دليل على ان الانسان يعيش معها حموى عن الينابيع شرح القدورى (قوله وانما لم يذكرها الخ) أى محمد كما فى الدرر (قوله فتكون قتلا لا شجة) والكلام فى الشجاج درر (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه الخ) كما اختصت الجائفة بالجوف والجنب والظهر لا يقال فى قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه الخ تكرار لانا نقول أعاد الكلام عليه توطئة لقوله والحكم مترتب على الحقيقة (قوله يسمى جراحة) ولا يكون لها ارش مقدر لان الوارد فيما يختص بالوجه والرأس والجوف والجنب والظهر كذا ذكره بعضهم معزيا للشيخ زاده وفيه نظر اذ قول الشارح وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة صادق بما فى الجوف والجنب والظهر فقوله ولا يكون لها ارش مقدر غير مسلم على عمومه الا ان يراد بغير الوجه والرأس ما عدا هذه المواضع أيضا بقرينة التمثيل بالساق والصدر الا ترى الى قول صاحب الايضاح وليس شئ من الجراحة له ارش معلوم غير الجائفة انتهى (قوله فى الصحيح) احتراز عما قيل من ان حكم هذه الشجاج يثبت فى كل البدن وهذا ان رجع فيه الى اللغة فهو غلط لان العرب تسمى ما كان فى الوجه والرأس شجا وما كان فى البدن جراحة حموى عن البناية (قوله واللحيان) أى العظم الذى تحت الذقن حموى عن الذخيرة (قوله من الوجه) فعلى هذا يفترض غسل اللحيين فى الطهارة الا أنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع هنا (قوله وقيل ليسا من الوجه) حتى لو وجد فيهما مافيه ارش مقدر لا يجب المقدر لان الوجه من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما هداية (قوله فقال الطحاوى الخ) وقال الكرخى ماذكره الطحاوى ليس بصحيح زيلعى لانه لو اعتبر بذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية فيؤدى الى ان الواجب فيما دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع فى الموضحة وانه محال بل الصحيح ان ينظر الى مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر

حكومة عدل) اذا كان خطأ (ولا قصاص فى غير الموضحة) وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة وقيل الصحيح انه يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج وهو ظاهر الرواية ونظير هذه شجة أخرى تسمى دامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا بالحقيقة لا شجة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت فى غيرها كالساق والصدر تجب حكومة العدل واللحيان من الوجه عندنا وقيل ليسا من الوجه وهو قول مالك والذقن من الوجه اتفاقا واختلفوا فى تفسير حكومة العدل فقال الطحاوى السبيل فى ذلك ان يقوم لو كان مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم مع هذا الاثر ثم ينظر ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان بقدر ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية

ذلك من نصف عشر الدية حتى لو كانت ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كانت ثلاثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش الموضحة نهاية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه قال شيخ الاسلام وهو الاصح لان عليا اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه واعلم ان ما ذكره الكرخي انما يستقيم اذا كانت الجناية في وجه ورأس فلو في غيرهما يفتى بقول الطحاوي لانه ايسر درثم من مشايخنا من سوى بين الرجل والمرأة في الحكومة ومنهم من جعلها على النصف مما يجب في الرجل وهو الذي ذكره القدوري (قوله وعليه الفتوى) كذا في التنوير وشرحه عن الوقاية والنقاية والملتقى والدرر والخانية وغيرها قال وجزم به في المجمع والخلاصة (قوله وفي أصابع اليد الخ) مطلقا سواء قطعها وحدها أو بالكف فلو في قول المصنف ولو مع الكف للوصل كما في الزيلعي والعيني خلافا لما جرى عليه الشارح (قوله ومع نصف الساعد الخ) جعل لو من قول المصنف ولو مع الكف للشرط لا يستقيم الا بجعل الواو من قوله ومع نصف الساعد بمعنى او والا يلزم عدم وجوب نصف الدية بقطع الاصابع مع الكف فضلا عن قطع الاصابع وحدها الا اذا قطع نصف الساعد أيضا (قوله ومع نصف الساعد) لانه لا منفعة فيه ولا جمال وكذا ان قطعها من المرفق لما بينا كذا في الاختيار (قوله ففي الاصابع والكف الخ) لما سبق من ان الكف تابع فلا يزيد الارش بقطعه وهذا ظاهر على احتمال قطع الكف قبل البرء من قطع الاصابع لا بعده الا ان يقال ان وجوب الحكومة لقطع نصف الساعد يغني عن وجوبها لقطع الكف بعد البرء للتداخل (قوله وفي الزيادة حكومة عدل) فالحكومة لنصف الساعد در والساعد من اليد ما بين المرفق والكف حموي عن المغرب ثم ظاهر ما في نسختنا ان هذا كله للشارح والذي في متن العيني والزيلعي هكذا ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة فعلى هذا يتعين ان يكون وحكومة معطوفا بعد لانه المتن ويحمل على بعد سقوطها من متن الشارح ولذلك وجه وهو التخريج على ما سيأتي من قول الشارح وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ (قوله وعنه ان ما زاد على أصابع اليد الخ) صواب العبارة ان يقول وعنه حموي (قوله فهو تبع الى المنكب والى الفخذ) فحينئذ يجب في كل ما ذكر نصف الدية لا غير حموي قلنا لا يمكن جعله تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع زيلعي قوله وفي قطع الكف وفيها اصبع الخ) كذا لو كان في الكف مفصل واحد من اصبع واحد يجب ارش المفصل على الظاهر عندهم ولا يجب في الكف شيء لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقي من الاصل وان قل فهو أولى كما قال في القسامة ان أهل الخطة أولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم أصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروى الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما ثبت اعتبارا بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد ولو لم يبق للكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع زيلعي (قوله عشرها او خمسها) لف ونشر مرتب در (قوله ولا شيء في الكف) لما مر من انه تابع (قوله وقالا ينظر الخ) قال في الاصل عن نفسه وعن أبي يوسف انه ينظر الى الكف والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل القليل في الكثير حموي (قوله ولو قطع اليد وفيها ثلاث اصابع الخ) لان الاصابع أصل وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة زيلعي (قوله وفي الاصبع الزائدة الخ) لانها جزء الآدمي فيجب الارش فيها تشريفا وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة اذ لا نعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر في الشرع فتجب حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شيء لانه لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفي قطع الاصبع الزائدة يبقى اثره فيشينه كذا في الزيلعي ومنه يعلم ما في كلام بعضهم حيث اورد على الزيلعي مسئلة الكوسج ثم

وعليه الفتوى (وفي أصابع اليد) الواحدة (نصف الدية و) لو قطعت الاصابع (مع الكف) ولو قطعت الاصابع ثم الكف نظر ان قطعت قبل تخلل البرء فلا شيء في الكف ولو قطعت بعده ففي الاصابع نصف دية وفي الكف حكومة عدل (و) لو قطعت الاصابع والكف (مع نصف الساعد) ففي الاصابع والكف (نصف الدية) وفي الزيادة (حكومة عدل وهذا قولهما وهو رواية عن أبي يوسف وعنه ان ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ (وفي قطع الكف) من المفصل (و) قد كان (فيها أصبع) واحدة (أو أصبعان عشرها أو خمسها) أي يجب عشر دية اليد في الاصبع وخمسها في الاصبعين (ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف وهو حكومة عدل والى ارش ما بقي من الاصابع فيكون عليه الاكثر ويدخل الاقل في الاكثر ولو قطع اليد وفيها ثلاث أصابع فعليه ثلاث أخماس دية اليد ولا شيء في الكف بالاجماع (وفي الاصبع الزائدة) والسن الزائدة

عزا الجواب عنها الى العناية مع ان كلا من الايراد وجوابه مصرح به فى كلام الزيلعى (قوله وفى عين
الصبى الخ) خص عين الصبى وذكره ولسانه لانه فى غيرها من اليد والرجل والانف كالبالغ فيجب القود فى
العمد والدية فى الخطأ شيخنا عن القهستانى (قوله وحركة فى الذكر) المراد منها حركة عند البول عزمى عن
شرح الهداية معزيا للذخيرة (قوله وكلام فى اللسان) بأن لم يستهل كما فى الخانية فتجب الدية فى لسان
الصبى ان استهل وان لم يستهل كان فيه حكومة عدل وفى الزيلعى ما يخالفه عزمى زاده والحاصل ان
الاستهلال كالكلام فى وجوب الدية على ما فى الخانية وفرق الزيلعى بأن الاستهلال ليس بكلام بل
مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام انتهى (قوله وقال الشافعى فى الثلاثة الاخيرة دية كاملة) أى
كيف ما كان يعنى سواء علمت صحتها ام لا الا اذا عرف انها غير صحيحة لان الغالب فيها الصحة فاشبهت الاذن
والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود
منهما الجمال وقد فوته على الكمال زيلعى وهداية (قوله وكذا ذكر الخصى والعنين حكما وخلافا) فعندنا
تجب حكومة عدل وقال الشافعى تجب دية كاملة بقوله عليه السلام وفى الذكر الدية من غير فصل ولنا
ان المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فان عدمت لا تجب فيه دية كاملة
كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء زيلعى وفى وجوب الدية كاملة بقطع ذكر الخصى والعنين عند الشافعى
نظر اذ لا يلائم ما سبق من وجوب كمال الدية بقطع ذكر الصبى عندهم وان لم تعلم صحته معللا بأن الغالب
فيه الصحة فهذا التعليل يقتضى عدم وجوب الدية بقطع ذكر الخصى والعنين عند الشافعى أيضا للتيقن
بعدم صحته (قوله ثم يكون بعد ذلك الخ) أى بعد العلم بالصحة فهو متعلق بمفهوم قوله ان لم تعلم صحته
حموى بأن تثبت صحته بالبينة أو باقرار الجانى وان انكر كان القول قوله وكذا اذا قال لا اعرف صحته
لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة زيلعى (قوله دخل ارش الموضحة فى الدية) اذ بفوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت
سقط والدية وجبت بفوات الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل
فشلت يده درر وقوله وقد تعلقا يعنى ارش الموضحة والدية عناية والحاصل ان الجناية متى وقعت على
عضو واحد فاتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه ولا فرق بين العمد والخطا وان وقعت
على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه عمدا كان أو خطأ عند أبى حنيفة يعنى قيل العقل
نور فى الصدر يبصر به عواقب الامور فاختلف محل الجناية (اجيب) نعم الا ان الدماغ كالفتيلة والزيت
فى هذا النور فبهذا الاعتبار كان فى الرأس ولهذا ينقص بمسه حموى واعلم ان تقييد المصنف بالموضحة
اتفاقى كذا ذكره شيخنا (قوله وقال زفر لا يدخل) لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه كذا فى الهداية وظاهر كلامه كالشارح ان خلاف زفر فى الصورتين قال
الحموى وليس كذلك فان خلافه فيما اذا شجه فذهب شعره (قوله وان ذهب سمعه او بصره او كلامه
لا) لانه كاعضاء مختلفة بخلاف العقل لعود نفعه للكل كذا فى الدرر وروى ان عمر قضى فى رجل واحد
بأربع ديات ضرب رأسه فذهب عقله وكلامه وسمعه وبصره حدادى (قوله وعند أبى يوسف الخ) لان
السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به كذا فى الهداية لكن تعبير الشارح بعند من
قوله وعند أبى يوسف الخ مخالف لما فى الهداية والموافق لها ان يقول وعن أبى يوسف الخ (قوله فلا قود فى
شئ منهما عند أبى حنيفة) لان سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشئ واحد فان السراية لا تنفصل عن
الجناية وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال أحدهما بالآخر واذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقود
لا يكون أوله موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء ان كان عمدا فبالنظر الى الانتهاء خطأ فصار خطأ من وجه
دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة كذا فى الدرر والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا اوجب
مالا فى البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما يجب القصاص مع وجوب

(و) فى (عين الصبى وذكره
لسانه ان لم تعلم صحته) أى صحة
كل واحد من العين والذكر واللسان
(بنظر) فى العين (وحركة) فى الذكر
(وكلام) فى اللسان تجب (حكومة)
عدل وقال الشافعى فى الثلاثة الاخيرة
دية كاملة وكذا ذكر الخصى والعنين
حكما وخلافا ثم يكون بعد ذلك
حكمه حكم البالغ فى العمد والخطأ
ومن (شج رجلا) موضحة (فذهب
عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة
فى الدية) أى فى دية الذاهب منهما او لا
يجب الارش بل تجب الدية فقط وقال
زفر لا يدخل هذا اذا ذهب عقله
او شعر رأسه (وان ذهب سمعه
او بصره او كلامه لا) يدخل الارش
فى الدية بل تجب ارش الموضحة مع
الدية عندهما وعند أبى يوسف
يدخل فى دية السمع والكلام
ولا يدخل فى دية البصر (وان شجه) عمدا
حال كون الشج (موضحة)
(فذهبت عيناه) فلا قود فى شئ
منهما عند أبى حنيفة

وتجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص وفي البصر الدية وروى ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص في الموضحة والعينين (أو قطع أصبعه عمدا (فشلت) أصبع (أخرى) فلا قود فيهما عند أبي حنيفة وتجب دية الاصبعين وعندهما يجب القصاص في الاولى والارش في الثانية وهو قول زفر والحسن رحمهما الله (او) قطع (المفصل الاعلى) من الاصابع (فشل ما بقي) من تلك الاصابع (او) شل (كل اليد) فلا قود وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل (اوكسر) عمدا (نصف سنه فاسود ما بقي) او احمر او اصفر او اخضر فلا قود بالاجماع قوله فلا قود متعلق بالجميع وينبغي ان تجب الدية في السن كله فان اصفرت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله ان فيها حكومة عدل وروى هشام في نوادره عن محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله قال في الحر لا يجب شئ وفي العبد حكومة عدل وعن محمد فيها حكومة عدل وهو قول أبي يوسف وفي التجريد لو كسرت بعض السن فاسود الباقي او دخله عيب تجب حكومة عدل ولا قصاص فيها وفي الجامع الصغير تجب دية السن خمسمائة ولو كسر بعض السن فسقط الباقي لا يجب القود في المشهور من الروايات وروى ابن سماعة انه يجب كذا في الخلاصة (وان قطع سنه فنبتت مكانها سن أخرى سقط الارش) عند أبي حنيفة مطلقا سواء كان مقلوع السن صبيا اولا وقالا عليه الارش كاملا ان كان غير صبي وان كان صبيا لا يجب الارش وعن أبي يوسف انه يجب حكومة عدل وان قلع سن غيره فردها صاحبها الى مكانها فنبتت عليها اللحم يجب على القالع أرشها وكذا لو قطع اذنه فألصقها فالتحمت (وان أقيد فنبت سن الاول تجب) الدية أي لو نزع رجل سن رجل فنزع المنزوع منه سن النازع فنبت سن المنزوع منه أولا فعلى الذي نبت سنه لصاحبه خمسمائة (وان شج) رجل (رجلا فالتحم ولم يبق له أثر) ونبت الشعر (او ضرب) رجلا (فجرح فبرأ وذهب أثره فلا ارش) عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة العدل وقال محمد عليه قدر ما أنفق في معالجته حتى يبرأ من أجر الطبيب وثمن الدواء (ولا قود بجرح حتى يبرأ) والمراد انه لا يحكم بشئ على الجارح بجرحه ما لم يتحقق الحال بالتثبت ولم يستقر المآل على شئ من البرء والهلاك لقوله عليه الصلاة والسلام يستأنى

المال وان كان عضوا واحدا لا يجب عيني (قوله وتجب الدية فيهما) أي في كل منهما تجب دية (قوله وفي البصر الدية) قال العلامة الحموي في الحاشية صوابه وفي العين الدية انتهى مع انه في شرحه على ما وجدته بخطه بالمسودة جرى على ما ذكره الشارح وأقره والظاهر انه لا حاجة لهذا التصويب (قوله فشلت اخرى) شل بالبناء للفاعل ومضارعه مفتوح الشين كذا بخط شيخنا (قوله فلا قود فيهما) لعدم المساواة لان قطع الاصبع على وجه يوجب شل الاخرى غير ممكن (او قطع المفصل الاعلى من الاصابع) عبارة الزيلعي قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها الخ فقوله منها أي من الاصبع التي قطع مفصلها وهو مخالف لما ذكره الشارح حيث قال فشلت ما بقي من تلك الاصابع (قوله ان تجب الدية في المفصل الخ) هذا ان كان الباقي ينتفع به والا وجبت الدية فيما شل منه ان كان اصبعا فدية الاصبع وان كان كفا فدية الكف وهذا بالاجماع كذا ذكره بعضهم معزيا للهداية واقول عزوه للهداية غير صحيح لانه في الهداية اقتصر على ما ذكره الشارح ولم يزد عليه شيئا أصلا ولو عزى للزيلعي لكان له وجه مع ان ما ذكره الزيلعي معترض لان وضع المسئلة على شلل ما بقي ليس الا ولا يفارقه عدم الانتفاع شيخنا عن عزمي زاده بقي ان يقال ما ذكره الشارح من قوله تجب الدية في المفصل الاعلى موافق لما في الدرر حيث اوجب دية المفصل فقط لكن ذكر في الشرنبلالية انه سهو يعني والصواب وجوب دية الاصبع بتمامه واستدل عليه بما في النهاية عن شرح الطحاوي (قوله متعلق بالجميع) فان قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة كذا في الهداية (قوله وينبغي ان تجب الدية في السن كله) اذا فاتت منفعة المضغ والا فلو مما يرى حالة التكلم فالدية أيضا والا فحكومة عدل زيلعي فقول الدرر والا فلا شئ فيه ما فيه در (قوله وفي التجريد لو كسرت بعض السن فاسود الباقي الخ) قال الزيلعي وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي او اصفر او احمر يجب دية السن كله بالاجماع وكذا قاله العيني فالمذهب الموافق للزيلعي والعيني ما قدمه الشارح من قوله وينبغي ان تجب الدية في السن كله كذا ذكره شيخنا (قوله فنبتت مكانها الخ) هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش عيني (قوله وقالا عليه الارش) لان الجناية وقعت موجبة له والذي نبت نعمة مبتدأة فصار كما لو اتلف مالا فحصل للمتلف عليه مال آخر وله ان الجناية قد زالت معنى لان الموجب افساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانه آخر فلم تفت المنفعة به ولا الزينة زيلعي بخلاف ما لو قطع غصنا لرجل فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان وكذا لو حصد زرعا او بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقلوع شلبي عن العمادي (قوله وان كان صبيا لا يجب) لان سن الصبي لا تستقر في مكانها فوجودها كعدمها (قوله يجب حكومة عدل) للالم حموي عن البناية (قوله على القالع ارشها) لعدم عود العروق كما كانت فكان وجود هذا النبات وعدمه سواء حتى لو قلعه انسان لا شئ عليه كما في الاختيار قال شيخ الاسلام وان عادت الى حالتها الاولى في المنفعة والجمال لا شئ عليه در (قوله وكذا لو قطع اذنه الخ) لانها لا تعود الى ما كانت عليه زيلعي (قوله تجب الدية) لانه تبين ان الاستيفاء كان بغير حق لكن لا يجب القصاص بالشبهة درر (قوله وذهب اثره) فلو بقي فحكومة عدل وفي قلع الاظفار فلم تنبت حكومة لانه لم يرد فيها ارش مقدر كما في الاختيار (قوله فلا ارش) لان الموجب هو الشين وقد زال عيني (قوله وعند أبي يوسف عليه ارش الالم الخ) فسره في شرح الطحاوي باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاخلاف بين أبي يوسف ومحمد عيني (قوله حتى يبرأ) لما سيذكره من الحديث ولان الجراحات يعتبر مآلها لا حالها لاحتمال السراية الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء درر (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام يستأنى الخ) أي ينتظر كذا في الدرر قال العلامة نوح افندي كذا فسره صاحب الصحاح وفسره صاحب القاموس

بالتثبت حيث قال ونى كرضى وتأنى واستأنى تثبت (قوله فى الجراحات) قال فى المصباح جرحه جرحا من باب نفع والجرح بالضم الاسم والجمع جروح والجراحة بالكسر مثل الجرح وجمعه جراح وجراحات انتهى كذا بخط شيخنا (قوله ولكن العبارة لا تساعده) أى لا تساعد المراد لانه بعد البرء لا يقضى بشئ من قود أو ارش وعبارة المتن توهم ان القود مشروط بالبرء الى هذا أشار شيخنا (قوله وكل عمد سقط قوده بشبهة الخ) لما روى عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل تخفيفا عن القاتل وذلك يليق بالمخطئ والذى وجب بالصلح بعقده والعاقلة لا تتحمل الا ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار وانما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدى الى الاجحاف بالجانى ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا ولا يتأجل الا بالشرط كسائر العقود وما دون ارش الموضحة يجب فى سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب فى سنة عينى بتصرف (قوله ثم ما وجب) مبتدأ وقوله فى ماله هو الخبر وقوله فى ثلاث سنين حال من الضمير المستتر فى الخبر (قوله وقال الشافعى تجب الدية حالا) لان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف فى الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبر الحقه وحقه فى نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد لان القياس يأبى تقوم الآدمى بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه هداية (قوله وعمد الصبى والمجنون خطأ الخ) لما روى عن على انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبى مظنة العذر والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبى احق بهذا التخفيف درر (قوله وقال الشافعى عمدهما عمد) اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب فى ماله ولهذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما قدمناه ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبى قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم هداية (قوله ولا تكفير فيه) لان الكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم هداية (قوله ولا حرمان ارث) لانه عقوبة وهما ليسا من أهلها عينى

(فصل فى دية الجنين) لما كان الجنين فى حكم الجزء من الكل ذكر أحكامه عقب احكام الاجزاء الحقيقية نوح افندى سمى به لاجتنانه أى استتاره فى البطن شلبى (قوله ضرب بطن امرأة حرة) خرج الامة والبهيمة وسيجئ حكمهما در والبطن مثال لا قيد فمثل البطن الظهر شيخنا عن الشيخ عبد الله النحريرى وفى شرح التنوير الشرط ضرب البطن وأطلق فى المرأة فعم ما لو كانت كتابية أو مجوسية كما فى التنوير (قوله غرة) بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وغرة الشئ فى اللغة خياره كالفرس النجيب والحمار الفاره وغرة الشئ أوله كما سمى أول الشهر غرة هنى وسمى وجه الانسان غرة لانه أول شئ يظهر منه والفاره الحاذق بالشئ وقد فره من باب ظرف وسهل فهو فاره وهو نادر مثل حامض وقياسه فريه وحميض مثل صغر وعظم فهو عظيم قال الأزهرى قوله تعالى فارهين أى حاذقين وفرهين أى أشرين بطرين وقال ايضا الفاره من الناس المليح الحسن ومن الدواب الجيد السير وقال غيره الحسن الوجه قال الجوهرى ويقال للبرذون والبغل والحمار فاره بين الفروهة والفراهة والفراهية وبراذين فرهة مثل صاحب وصحبة وفره ايضا كبازل وبزل ولا يقال للفرس فاره ولكن رابع وجواد وقد فره من باب طرب وقوله تعالى وتنحتون من الجبال بيوتا فارهين فمن قرأه كذلك فهو من هذا ومن قرأه فارهين فهو من فره بالضم مختار صحاح ونقل نوح افندى عن الفائق للزمخشرى ان الغرة حقيقة فى الخير والوجه ومجاز فى الرقيق قال واليه جنح صاحب الصحاح حيث قال والغرة العبد والامة وفى الحديث قضى عليه الصلاة والسلام فى الجنين بغرة كأنه عبر عن الجسم كله بالغرة انتهى قال وظاهر كلام القاموس

في الجراحات سنة ولكن العبارة لا تساعده وقال الشافعى يقتص منه فى الحال كما فى القود فى النفس (وكل عمد سقط قوده بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته فى مال القاتل وكذا) كل (ما وجب) من الارش (صلحا أو اعترافا) بقتل الخطأ (او لم يك نصف العشر) أى ان كان أقل منه يكون فى مال الجانى ثم ما وجب بقتل الاب ابنه عمدا فى ماله فى ثلاث سنين وقال الشافعى تجب الدية حالا (وعمد الصبى والمجنون خطأ وديته) أى ودية العمد (على عاقلته) اذا بلغت خمسمائة فان كانت أقل منه ففى أموالهما والمعتوه كالمجنون وقال الشافعى عمدهما عمد حتى تجب الدية فى مالهما (ولا تكفير فيه) أى فى قتلهما عمدا (ولا حرمان) ارث وقال الشافعى فيه يكفر بالمال وحرمان الارث

(فصل فى دية الجنين) الجنين الولد ما دام فى الرحم (ضرب بطن امرأة) والعبد) المرأة (جنينا ميتا تجب غرة

نصف عشر الدية) أى دية الرجل ان كان ذكرا وعشر دية المرأة ان كان أنثى وكل منهما بخمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ وقال الشافعى ومالك فى كل منهما ستمائة درهم وهى على العاقلة عندنا وقال مالك فى ماله وعندنا تجب فى سنة وعند الشافعى فى ثلاث سنين قوله نصف عشر الدية يجوز ان يكون بدلا من غرة أو خبر مبتدا محذوف أى هو نصف عشر الدية وذكر فى مبسوط شيخ الاسلام انما سمى بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة اطلاقا لاسم الوجه على الكل (فان ألقت حيا فمات) الجنين (فدية) كاملة فان كان ذكرا فدية الرجل وان كان أنثى فدية الانثى (وان ألقت ميتا فماتت الام فدية) كاملة بالام (وغرة) بالجنين وان ماتت الام من الضرب ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية فى الام ودية فى الجنين (وان ماتت) الام (فألقت ميتا فدية فقط) أى دية فى الام ولا شئ فى الجنين وقال الشافعى تجب الغرة فى الجنين (وما يجب فيه) اى فى الجنين من الغرة والدية (يورث عنه) وقال الشافعى ومالك هو لامه خاصة (ولا يرث الضارب فلو ضرب) رجل (بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث أبوه منها) أى من الغرة شيئ (وفى جنين الامة لو كان ذكرا يجب (نصف عشر قيمته) أى قيمة الجنين (لو كان) الجنين (حيا وعشر قيمته لو) كان (أنثى) بيان هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فبعد هذا ان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته وان كان أنثى يجب عشر قيمته وقال الشافعى تجب عشر قيمة الام ذكرا كان او أنثى ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه فى رواية انه لا يجب الا نقصان الامة ان تمكن فيها نقص فان لم يتمكن لا يجب شئ كما فى جنين البهيمة هذا اذا لم يكن حملها من مولاها ولا من المغرور لان الحمل من أحدهما حر فتجب الغرة ذكرا كان او أنثى كذا فى شرح السيد (فان حرره) أى الجنين (سيده بعد ضربه) أى ضرب بطن الامة (فألقته حيا (فمات) الجنين

انها حقيقة فى الكل حيث قال والغرة بالضم العبد والامة ومن الشهر ليلة استهلال القمر ومن الهلال طلعته ومن الاسنان بياضها واولها ومن المتاع خياره ومن القوم شريفهم ومن الكرم سرعة سوقه ومن الرجل وجهه انتهى وعطف بطرين على اشرين تفسيرى كذا بخط شيخنا (قوله نصف عشر الدية) خمسون دينارا أو خمسمائة درهم وأن كان من أهل الابل اخذ منه خمس من الابل وان كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشياه شلبى (قوله والقياس ان لا يجب شئ) لانه لم يتيقن بحياته وجه الاستحسان ماروى ان امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها ومافى بطنها فاختصموا الرسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها زيلعى قال ابن الاثير الوليد هو الطفل فعيل بمعنى مفعول والجمع ولدان والانثى وليدة والجمع الولائد وقد تطلق الوليدة على الجارية والامة وان كانت كبيرة (قوله وقال مالك فى ماله) لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبى عليه الصلاة والسلام دية حيث قال دوه كذا فى الهداية ودوه أمر من الودى اى أدوا ديته (قوله وعند الشافعى فى ثلاث سنين) لانه بدل النفس الا ترى انه يورث ولنا ماروى عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا عنه عليه الصلاة والسلام انه قضى بالغرة على العاقلة فى سنة عينى (قوله لان الواجب عبد الخ) وقيل انما سمى بدل الجنين غرة لانه أول مقدر ظهر فى باب الدية حموى (قوله اطلاقا لاسم الوجه على الكل) كما قيل رقبة كذا فى الدرر بعد ان صدر بقوله وانما سمى الرقيق غرة لانه غرة ما يملك أى خيره وأفضله (قوله فدية وغرة) لان الفعل يتعدد بتعدد اثره وصرح فى الذخيرة بتعدد الغرة ولو ميتين فأ كثر انتهى قلت وظاهره تعدد الدية ولم أره درو فيه عن البزازية ضرب بطن امرأة بالسيف فالقت جنينا حيا وآخر ميتا وبه جراحة السيف وماتت ايضا يقتص لاجل الزوجة لانه عمد وعلى عاقلته دية الولد الحى اذا مات وتجب غرة الولد الميت لانه لما ضرب ولم يعلم بالولدين فى بطنها كان الضرب خطأ انتهى (قوله فعليه دية فى الام ودية فى الجنين) لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا ومات زيلعى (قوله وقال الشافعى تجب الغرة فى الجنين) لان الجنين مات بضربه ظاهرا ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهر الان حياته بحياتها فيختنق بموتها فلا يكون فى معنى ما ورد به النص عينى (قوله وقال مالك والشافعى هو لامه) لانه طرف من اطرافها فيكون بدله لها كسائر اطرافها قال فى شرح المجمع والصحيح عدم الخلاف لانها بدل النفس فتكون للورثة كالدية (قوله ولا يرث أبوه منها) لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل عينى (قوله وفى جنين الامة الخ) قال فى البرهان وما يجب من المال فهو فى مال الضارب حالا شرنبلالية يأخذه مولاها من الضارب من ساعته كذا بخط شيخنا وانما كان فى مال الضارب لان العاقلة لا تعقل العبيد والاماء قيد بالامة لان جنين أم الولد يجب فيه ما يجب فى جنين الحرة اتقانى وسيذكره الشارح عن شرح السيد كذا بخط شيخنا أيضا (قوله يجب نصف عشر قيمته الخ) فان بلغ خمسمائة درهم نقصنا منها فى الذكر نصف درهم وفى الانثى درهما كذا بخط شيخنا (قوله وعشر قيمته لو أنثى) لان دية الرقيق قيمته ولا يلزم زيادة الانثى لزيادة قيمة الذكر غالبا ولو لم يمكن الوقوف على كونه ذكرا أو أنثى فلا شئ عليه وكذا لو ألقى بلا رأس لانه انما تجب القيمة اذا نفخ فيه الروح ولا ينفخ من غير رأس درر عن الذخيرة (قوله وقال الشافعى تجب عشر قيمة الام) لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان وهو غير معتبر فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها هداية (قوله فان حرره سيده الخ) لا غبار على هذه العبارة لعود الضمير على الجنين وقد سبق ذكره بخلاف قول الوقاية فان ضربت فأعتق سيده حملها ولهذا قال فى الدرر كانه سهو لان الضمير للحمل وهو مؤخر مطلقا أى لفظا ورتبة وعلله نوح أفندى بانه مفعول ورتبة المفعول بعد رتبة الفاعل لان الاصل فى الفاعل ان يلى فعله والاضمار قبل الذكر لفظا ورتبة لا يجوز عند جمهور النحاة وجوزه بعضهم فكان الحمل على الضعف أولى من الحمل على السهو وأجاب

الوانى بانه يمكن التأويل بان الضمير راجع الى الامة بتأويل القن ونحوه مع ان نسخة التأنيث ليست باقل من نسخة التذكير انتهى قال شيخنا وهو أى ما أجاب به الوانى من التأويل مؤيد باستواء المذكر والمؤنث والواحد والمثنى والجمع فى القن انتهى (قوله ففيه قيمته حيا) للمولى در فى مال الضارب حالا كذا بخط شيخنا وقوله حيا أى لامشكوكا فى حياته نظرا الى حال التلف شيخنا عن عزمى زاده (قوله ولا تجب الدية الخ) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق هداية قال العلامة نوح أفندى وبالجملة هاهنا حالتان حالة الضرب وحالة التحرير فبالنظر الى حالة الضرب تجب قيمة الجنين على الضارب وتكون للمولى قطعا لانه كان رقيقا فى تلك الحالة وبالنظر الى حالة التحرير تجب الدية على عاقلة الضارب وتكون لورثته لانه كان حرا فى تلك الحالة فاعتبرنا حالة الضرب لما مر من ان العبرة لحالة الرمى لا الوصول فقلنا تجب القيمة وتكون للمولى اذ لو اعتبرنا حالة التحرير لقلنا تجب الدية على عاقلة الضارب وتكون للورثة وأشار بقوله تأمل ايها العاقل النبيه مافى كلام صاحب الدرر وحواشيه الى تسليم ماذكره فى الدرر حيث قال وقدمر ان العبرة لحالة الرمى لا الوصول ويلزم منه كون القيمة للمولى لا لموروثه والى رد ماذكره كل من العلامة الوانى حيث ذكر ان قوله لا لموروثه تصحيف عن قوله الا لمن ورثه وعزمى زاده حيث قال لامساس لقوله وقدمر ان العبرة لحالة الرمى لا الوصول بما نحن فيه فتدبر (قوله ولا كفارة فى الجنين) أى وجوبا بقرينة قول الشارح وعند الشافعى تجب فلا ينافى مافى الهداية من انه اذا تقرب الى الله تعالى بالكفارة فهو أفضل لانه ارتكب محظورا ثم عدم وجوب الكفارة مقيد بما اذا وقع ميتا وان خرج حيا ثم مات ففيه الكفارة كما فى التنوير قال فى الدر وهو مفهوم من كلامهم لتصريحهم بوجوب الدية حينئذ (قوله وعند الشافعى تجب الكفارة) لانه نفس من وجه فتجب احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها بالنفس المطلقة فلا يتعداها الان العقوبة لا يجرى فيها القياس كذا فى الزيلعى قال وقول الشافعى متناقض لانه اعتبره جزءا حتى أوجب فيه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا حتى أوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزءا من وجه ولهذا لم يجب كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها (قوله عمدا) والا فلا شئ عليها وفى حق غيرها لا يشترط قصد اسقاط الولد كذا فى الشرنبلالية (قوله ضمن عاقلتها الغرة) فى سنة واحدة وهذا ان ألقته ميتا وان ألقته حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية فى ثلاث سنين ان كان لها عاقلة والا ففى مالها وعليها الكفارة شلبى على الزيلعى (قوله وان فعلت باذنه لا يجب شئ) لعدم التعدى كذا فى الزيلعى لكن رده فى الشرنبلالية بأن الصحيح عدم اعتبار اذنه أخذا مما ذكره فى الكافى قال لغيره اقتلنى فقتله تجب الدية فى ماله فى الصحيح لان الاباحة لا تجرى فى النفوس وسقط القصاص للشبهة باعتبار الاذن وفى رواية لا يجب شئ لان نفسه حقه انتهى فكذا الغرة اذ دية الجنين حقه أى حق الاب غير ان الاباحة منتفية فلا تسقط الغرة عن عاقلة المرأة بمجرد أمر زوجها لان أمره لا ينزل عن فعله فانه اذا ضرب بطن امرأته وألقت جنينا لزم عاقلته الغرة ولا يرث منها وكما لا يعتبر الاذن من الزوج فكذا اذن الزوجة غير معتبر أيضا حتى لو أمرت الزوجة امرأة ففعلت بها ماذكر وجبت الغرة على المأمورة كما يستفاد عن الشرنبلالية أيضا خلافا لما فى الدرر عن الخلاصة ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى اسقطت فلا شئ عليها لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين انه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك زيلعى والجنين الذى استبان بعض خلقه بمنزلة التام فى جميع هذه الاحكام لاطلاق مارويناه ولانه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس فكذا فى حق هذا الحكم هداية

(ففيه قيمته حيا) أى قيمة الجنين حال كونه حيا ولا تجب الدية وانه مات بعد العتق وقيل هذا قولهما وأما عند محمد رحمه الله فتجب قيمته مابين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب أى يجب تفاوت مابينهما (ولا كفارة فى) اتلاف (الجنين) وعند الشافعى تجب الكفارة (و) المرأة (ان ضربت) بطن نفسها أو (شربت دواء لتطرحه) عمدا (أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن) من زوجها وان فعلت باذنه لا يجب شئ

(باب مايحدثه الرجل فى الطريق) ومن أخرج الى طريق العامة كنيفا) أى مستراحا (أوميزابا أوجرصنا) بالجيم والصاد المهملة وقيل ليس بعربى أصلى وقد اختلف فيه فقيل البرج وقيل مجرى ماء يركب فى الحائط وعن الامام البزدوى رحمه الله جذع يخرجه الانسان من الحائط الى الطريق ليبنى عليه كذا فى المغرب (اودكانا فلكل) أى لكل واحد من المسلمين (نزعه) أى نزع ما أخرجه مطلقا ولا يختص به سكان المحلة قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله ان الاحداث ان كان يضر بأهل الطريق لا يحدث ذلك وان كان لا يضر لسعته جاز له احداثه مالم يمنع منه وأما فى الخصومة فقال أبو حنيفة رحمه الله لكل واحد من بنى آدم ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضررا ولم يكن اذا وضع بغير اذن الامام وعلى قول أبى يوسف لكل أحد قبل الوضع ان يمنعه منه لا بعد الوضع وعلى قول محمد ليس له ان يخاصمه بالمنع ابتداء ولا بالرفع انتهاء اذا لم يكن فيه ضرر هذا اذا لم يكن باذن الامام أما اذا كان باذنه فليس لاحد ان يمنعه ولا أن ينازعه لكن لا ينبغى للامام ان يأذن به اذا اضر بالناس بان كان الطريق ضيقا لكن لو رأى المصلحة مع ذلك واذن جاز (وله) أى لصاحب هذه الاشياء (التصرف فى) الطريق (النافذ الا اذا أضر) بالمسلمين فحينئذ يكره (وفى غيره لا يتصرف) اضر بهم أولا (الا باذنهم وان مات أحد بسقوطها) أى بسقوط هذه الاشياء المذكورة فى صدر الباب (فديته على عاقلته) أى عاقلة المخرج وان سقط الميزاب بتطرفان أصاب ماكان منه فى الحائط رجلا فقتله لا ضمان على أحد وان أصابه ماكان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف وان لم يعلم أى طرف أصابه ففى القياس لاشئ عليه وفى الاستحسان يضمن النصف (كما لو حفر بئرا فى طريق) أى تجب بسقوط هذه الاشياء دية على العاقلة كما تجب الدية على العاقلة اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين ومات الواقع فيه بالوقوع وان مات بخلاف

(باب مايحدثه الرجل فى الطريق)

لما فرغ من بيان القتل مباشرة ذكر أحكامه تسببا والاول أولى بالتقديم لانه قتل بلا واسطة ولكثرة وقوعه شلبى (قوله كنيفا) الكنيف الساتر ويسمى الترس كنيفا لانه يستر صاحبه ويقال للمرحاض كنيف لانه يستر قاضى الحاجة والجمع كنف بضمتين (قوله أوميزابا) بهمزة ساكنة والميزاب بالياء لغة ويقال للميزاب مزراب ومرزاب بتقديم الراء المهملة وتأخيرها (قوله ليس بعربى) يعنى بل هو فارسى معرب اذ ليس فى العربية كلام على هذا التركيب أعنى الجيم والصاد والراء بل مهمل فى كلامهم حموى عن البناية (قوله لكل واحد الخ) هذا اذا كان ممن يملك التصرف ولو بالاذن كالصبى والعبد بخلاف المحجور عليهما كما فى الشرنبلالية قال فى الدر وقيل انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك والا كان تعنتا وهذا اذا بنى لنفسه بغير اذن الامام كما فى التنوير واذا بنى للمسلمين كمسجد ونحوه او بنى باذن الامام لا ينقض واعلم ان كلامهم يفيد صريحا جواز بناء المسجد فى الطريق حيث لا يضر بالعامة وقدمنا فى كتاب الوقف ان بناء المسجد فى الطريق يجوز حيث لا ضرر على العامة بخلاف بنائه فى حريم النهر حيث لا يجوز فليراجع (قوله من المسلمين) يعنى وممن هو ملحق بهم من الذميين حموى (قوله مطلقا) يعنى سواء كان فيه ضرر أولا حموى (قوله ان كان يضر الخ) والقعود فى الطريق لبيع أو شراء على هذا التفصيل تنوير وشرحه (قوله لا يحدث) لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام در أى لا ابتداء ولا جزاء يعنى متعديا عن مقدار حقه فى الاقتصاص لان الضرار بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك عناية (قوله فقال أبو حنيفة الخ) عبارة الزيلعى فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس ان يمنعه والعرض بالضم الناحية كما فى العناية قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وارذلهم (قوله اذا وضع بغير اذن الامام) لافتياته على رأيه لان التدبير فى أمور العامة الى الامام زيلعى والافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت وهو السبق عناية (قوله لا بعد الوضع) لانه بعد الوضع صار فى يده خاصة والذى يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه زيلعى (قوله ليس له ان يخاصمه الخ) لانه مأذون له فى احداثه شرعا واذن الشرع أقوى من اذن الامام وجوابه ان هذا انتفاع بمالم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا فى نفسه زيلعى (قوله وفى غيره لا الخ) لانه كالملك الخاص بهم ثم الاصل فيما جهل حاله ان يجعل حديثا لو فى طريق العامة وقديما لو فى طريق الخاصة در عن البرجندى وقوله لانه كالملك الخاص بهم تبع فيه صاحب الدرر قال فى الشرنبلالية وكان ينبغى ان يقال لانها مملوكة لهم كما هى عبارة الهداية (قوله بسقوطها) كذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر هداية (قوله فديته على عاقلته) لانه مسبب لهلاكه عينى (قوله لا ضمان على أحد) لكونه فى ملكه فلم يكن متعديا در (قوله فالضمان على الذى وضعه) لتعديه ولو مستأجرا او مستعيرا او غاصبا ولا يبطل الضمان بالبيع لبقاء فعله وهو الموجب للضمان بخلاف الحائط المائل در عن الزيلعى يعنى اذا طولب صاحب الحائط المائل بنقضه ثم سقط على انسان وقتله بعد بيعه لا ضمان عليه (قوله ولا كفارة عليه ولا يحرم) لان الكفارة والحرمان يعتمدان القتل حقيقة ولم يوجد بخلاف الضمان فانه يعتمد الاتلاف تعديا وقد وجد هداية مع شرحها (قوله وهدر النصف) كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما معا زيلعى (قوله ففى القياس لاشئ عليه) لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفى الشغل شك زيلعى (قوله وفى الاستحسان يضمن النصف) لانه فى حال يضمن الكل وفى حال لا يضمن شيئا فينصف زيلعى (قوله كما لو حفر بئرا الخ) اعلم ان المتسبب انما يضمن فى حفر البئر ووضع الحجر اذا لم يتعمد الواقع المرور كذا فى المجتبى وفيه حفر فى طريق مكة او غيره من الفيافى لم يضمن

بخلاف الامصار قلت وبهذا عرف ان المراد بالطريق طريق الامصار دون الفيافي والصحارى لانه لا يمكنه العدول عنه في الامصار غالبا در والمتعمد بان كان بصيرا ويجد موضعا آخر للمرور وأما اذا لم يجد موضعا آخر فانه يضمن وغير المتعمد بان كان ليلا أو اعمى (قوله غما) بضم الغين الكربة والمراد هنا اختناق من هواء البئر كذا في الدرر وهو مخالف لما في الشرنبلالية عن شرح المجمع حيث قال انه بفتح الغين المعجمة وهو ان يكون النفس مأخوذا نصبه على الحال أو التمييز أو مفعول له انتهى (قوله او جوعا) كذا العطش كما في التنوير فالتقييد بالجوع نظرا الى ما هو الغالب من انه لا يموت في البئر عطشا (قوله فلا ضمان على الحافر) وبه يفتى در عن الخلاصة لانه مات بمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع زيلعي (قوله وان مات غما فالحافر ضامن) لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه وأما الجوع فلا يختص بالبئر كذا في الهداية فأشار به الى وجه الفرق عند أبي يوسف بين ما لو مات جوعا أو غما وبه يعلم ما في كلام بعضهم حيث ذكر عدم اختصاص الجوع بالبئر في دليل أبي حنيفة وهو غير مناسب لانه لا فرق عنده في عدم الضمان بينهما فتدبر (قوله في الوجوه كلها) لانه حصل بسبب الوقوع ولولاه لتناول الخبز والماء زيلعي (قوله أو وضع حجرا) فلو نحاه شخص آخر كان ضمان الدية على عاقلة الثاني لان فعل الاول قد انتسخ لان هذا شغل جديد حصل بفعل الذي نحاه وهو متعد في ذلك لا يقال هو محتسب فيما فعل حيث أماط الاذى عن الطريق لانه أخطأ الحسبة حيث اشغل موضعا آخر والحسبة التامة أن يطرحه في موضع لا يكون ممرا أو يطرحه في حفرة في الطريق على وجه تمتلئ الحفرة فيصير محتسبا من وجهين شلبي (قوله فضمانها في ماله) لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال عيني (قوله لم يضمن وان وجد التعدي فيهما لان تعمد المرور يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر فصار هو صاحب العلة فلا يعتبر التسبب معه عيني (قوله وكذا اذا حفر في الطريق الخ) أي حفر في طريق المصر دون الفيافي كما سبق (قوله ولو كان المحمول رداء) والفرق ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بشرط السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد فجعل في حقه مباحا مطلقا عيني وغيره لكن قال العلامة واني أفندي فيه تأمل فان العثور ليس في حال اللبس حتى يلزم الحرج بالتقييد بالسلامة بل في حال السقوط انتهى (قوله ما لا يلبسه في العادة الخ) كاللبد والجوالق والدرع الحديد في غير الحرب لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبارها العموم البلوى عيني (قوله فعلق رجل منهم قنديلا) أي للاضاءة فلو للحفظ ضمن اتفاقا شرنبلالية عن شرح المجمع (قوله بواري) غير منصرف لكونه صيغة منتهى الجموع وهي الحصير من القصب حموي (قوله وان كان من غيرهم ضمن) قال في الشرنبلالية وفي كلام المصنف اشارة الى انه فعل ذلك بلا اذن أهل المسجد فلو باذنهم لا يضمن اتفاقا (قوله وعندهما لا يضمن كما في الوجه الاول) لان كل أحد يطلب التقرب بذلك وقال الحلواني أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى زيلعي وللامام وهو الفرق ان تدبير المسجد لاهله دون غيرهم ففعل الغير مباح فيتقيد بالسلامة در (قوله بأن عثر به) وقع في النسخة التي كتب عليها السيد الحموي بأن عثر عليه فلهذا قال صوابه بأن عثر به وعثر من باب قتل وفي لغة من باب ضرب والعثرة المرة ويقال للزلة عثرة لانها سقوط في الاثم وعثر عليه عثرا من باب قتل وعثورا اطلع عليه (قوله وقالا لا يضمن بكل حال) وهو الاظهر زيلعي عن الصدر الشهيد (قوله فهو على هذا الخلاف) الصحيح عن الامام كقولهما انه لا ضمان على المنتظر للصلاة شرنبلالية عن الزيلعي والبرهان

(فصل في الحائط المائل) حق هذا الفصل ان يؤخر عن مسائل جميع الحيوان لانه جماد والجماد مؤخر الا انه ذكره هنا لمناسبة وهو ان الحائط تناسب الجرصن والمئزاب ونحوهما فلهذا الحقه بها شلبي (قوله ضمن ربه) حقيقة أو حكما كالواقف والقيم ولو حائط المسجد فتضمن عاقلة الواقف وكالقيم الولي والراهن والمكاتب والعبد التاجر وكذا أحد الشركاء ولو الورثة استحسانا ولو مات ربه عن ابن ودين

غما بان اختنق من هواء البئر أو جوعا فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها (أو وضع حجرا) في طريق المسلمين (فتلف به انسان ولو) ماتت (بهيمة فضمانها في ماله) أي مال المخرج (ومن جعل بالوعة في طريق عام) (بأمر سلطان او في ملكه او وضع خشبة فيها) او وضع (قنطرة) على نهر (بلا اذن الامام فتعمد رجل) بان كان بصيرا (المرور عليها) ويجد موضعا آخر للمرور فسقط ومات (لم يضمن) أما اذا لم يتعمد بان كان أعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فأما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن وكذا اذا حفر في الطريق بغير اذن الامام فسقط ومات يضمن (ومن حمل شيئا) ومشى (في الطريق فسقط) المحمول (على انسان) ومات منه (يضمن) الحامل الدية (ولو كان) المحمول (رداء قد لبسه فسقط) الرداء فعطب به انسان (لا) يضمن مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ثوبا زيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط منه وعطب به انسان وعنه انه اذا لبس ما لا يلبسه في العادة فهو كالحامل (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان) ذلك الفعل (من غيرهم ضمن) عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن كما في الوجه الاول (وان جلس فيه رجل منهم) أي من أهل المسجد (فعطب به أحد) بان عثر به (ضمن ان كان في غير الصلاة وان كان فيها لا) يضمن هذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن بكل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه في خلال الصلاة او في غير الصلاة او مر فيه مار أو قعد فيه يتحدث فهو على هذا الخلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان لا يضمن في الصحيح

(فصل في الحائط المائل)

(حائط مائل الى طريق العامة ضمن ربه

مستغرق صح الاشهاد على الابن وان لم يملك الدار درر وبزاد الوصى كما فى الدرر والام كما فى الاختيار وأطلق فى العبد التاجر فعم المديون وبه صرح فى الدرر معللا بأن له ولاية لنقض قال ثم ما تلف بالسقوط ان كان مالا فهو فى رقبته وان كان نفسا فعلى عاقلة المولى لوله عاقلة لان الاشهاد من وجه على المولى الخ ثم ان كان التلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى شرنبلالية عن الزيلعى وقوله يجب عليه قيمته أى على مولاه كما مر فى الكتابة كذا بخط شيخنا ثم رأيت بخطه ايضا عن القهستانى معزيا للكرمانى ما نصه اذا حصل التلف حال بقاء الكتابة فان كان آدميا يسعى فى أقل من قيمته ومن قيمة الآدمى وان كان غيره يسعى فى جميع قيمته اعتبارا بالجناية الحقيقية انتهى والظاهر انه أراد بالقيمة فى قوله ومن قيمة الآدمى ما يعم الدية فتدبر (قوله من نفس أو مال) الا ان الضمان فى النفس على عاقلته وفى المال عليه هو كما سيأتى فى الشارح ولهذا قال فى الدرر وضمن ذو حائط مال وطلب نقضه فلم ينقض فى مدة يمكن فيها مالا وعاقلته نفسا وتعقب من وجهين الاول حيث جعل قوله وعاقلته معطوفا على ضمير ضمن وليس كذلك بل معطوف على ذو حائط الثانى حيث ذكر ان نفسا معمول ضمن المقدر مع انه ليس من قبيل ما أضمر عامله بل من قبيل ضرب زيد عمرا أو بكر خالدا ولا يقال ان بكر فاعل فعل مقدر على المشهور كذا ذكره الوانى لكن قوله نعم العطف فى حكم تكرير العامل مناقض لما ذكره كذا ذكره نوح افندى وذكر ان فى عامل المعطوف مذاهب ثلاثة الاول ان العامل فيه هو العامل فى المعطوف عليه والثانى ان العامل فيه مقدر من جنس عامل المعطوف عليه وكلام المصنف مبنى على هذا المذهب والثالث ان العامل فيه حرف العطف وذكر الشيخ الرضى هذه المذاهب وضعف الثالث انتهى وقوله ولا يقال ان بكرا الخ برفعه على الحكاية وكذا ذو حائط من قوله بل معطوف على ذو حائط كما رفع تمرتان على ما فى قولهم دعنى من تمرتان فى جواب من قال هل عندك تمرتان الخ (قوله مسلم أو ذمى) يعنى من أهل الطلب فخرج العبد والصبى المحجور عليهما لانهما ليسا من أهل المطالبة بحقهما فكذا بحق العامة الا ان أذن لهما فى الخصومة شرنبلالية عن التبيين (قوله والقياس ان لا يضمن) لان البناء كان فى ملكه مستقيما والسقوط والميلان ليس من صنعه ووجه الاستحسان انه بامتناعه من النقض بعد الطلب مع القدرة عليه صار متعديا وهو مروى عن على وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من أئمة التابعين زيلعى (قوله تجب الدية على العاقلة) ان شهد الشهود على التقدم اليه فى طلب النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار له ولو أقر صاحب الدار بهذه الاشياء لزمه فى ماله ولا يجب على العاقلة حموى عن غاية البيان وشرح الاقطع (قوله وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل كما فى الهداية بل شهادة على مال (قوله والشرط التقدم اليه) أى الى من يملك نقضه حتى لو تقدم الى من لا يملكه كالساكن بطريق الاجارة أو الاعارة أو الى المرتهن أو الى المودع لا يعتد به لعدم قدرتهم على التصرف فلا ضمان أصلا تنوير وشرحه (قوله ان يقول الخ) فلو قال ينبغى لك ان تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل اشهاد على النقض كذا فى الهداية بخلاف الجناح حيث يضمن دية القتيل الثانى لبقاء جنايته فيلزمه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا يؤيده انه لو باع الحائط أو النقض برئ ولو باع الجناح لا درر عن الزيلعى وقوله لو باع الحائط الخ أى باعه قبل سقوطه وقوله لبقاء جنايته أى لا يبرأ عن ضمان ما يحصل من سقوط الجناح ببيعه واعلم انه لا يشترط للزوم الضمان اذا سقط الجناح تقدم الطلب كما فى الزيلعى ثم رأيت فى حاشية الشلبى ما نصه ولو وقع الحائط على الطريق فتعقل بنقضه انسان فهلك ضمنه فى قول أبى حنيفة ومحمد

ما تلف به) أى بسقوطه (من نفس
أو مال ان طالب بنقضه مسلم أو ذمى)
رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا
(ولم ينقضه) رب الحائط (فى مدة
يقدر على نقضه) استحسانا والقياس
ان لا يضمن وهو قول الشافعى ثم
ما تلف فيه من النفوس تجب الدية
على العاقلة ومن الاموال كالدواب
والعروض يجب ضمانها فى ماله والشرط
التقدم اليه وطلب النقض منه دون
الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن
من اثباته عند انكاره وصورة
الاشهاد ان يقول اشهدوا انى قد
تقدمت الى هذا الرجل فى هدم
حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان
يميل الحائط وصورة الطلب ان يقول
حائطك هذا مائل فاهدمه وتقبل
شهادة رجل وامرأتين على التقدم
(وان بناه مائلا) الى الطريق (ابتداء

وقال أبو يوسف لا يضمنه الا اذا أشهدوا على النقض لان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على
النقض الخ مانقله عن الاتقاني فما سبق عن الهداية ومثله في الزيلعي لا يتمشى الا على قول الامام ومحمد
(قوله ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر في الطريق
عيني (قوله فان مال الى دار رجل الخ) مالكا كان أو ساكنا باجارة أو غيرها فالاضافة لادنى ملابسة
در عن القهستاني وقول الشارح وان كان فيها سكان الخ يشير الى ذلك (قوله صح ولا ضمان عليه الخ)
لان الحق لهم هداية (قوله حيث لا يصح) التأجيل ولا الابراء الا في حق نفسه لان الحق لجماعة المسلمين
وليس للقاضي وغيره ان يبطل حقهم عيني ولو مال بعضه للطريق وبعضه للدار فأي طلب صح في الكل
در عن البرجندي (قوله ولو باع الدار الخ) والهبة كالبيع وكذا لو جن مطبقا أو ارتد ولحق وحكم
بلحاقه ثم عاد أو أفاق در عن الحاوي القدسي والخانية (قوله برئ من الضمان) لزوال ولايته
بالبيع ونحوه بخلاف نحو الجناح لبقاء فعله در وكما يبرأ عن الضمان ببيعه كذا ولي الصغير اذا بلغ قال
القهستاني بلغ الصبي أو مات الولي بطل الطلب فلا يضمن بالتلف بعده كما في العمادي ولو سقط حائط
الصغير بعد الطلب من وليه كان الضمان في مال الصبي نص عليه القهستاني أيضا وقوله في مال الصبي
يحمل على ما اذا كان التالف مالا فلو آدميا ينبغي ان يكون ضمان الدية على عاقلة الصبي فان قيل الوصي
اذا ترك النقض بعد التقدم اليه الحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليه أجيب
بان في ترك النقض دفع مضرة متحققة وهي مصرف مؤنة النقض وبنائه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة
موهومة لجواز ان لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه نظرا للصبي فلا يلزم الوصي عناية (تتمة)
قال في التتارخانية مسجد له حائط مائل اشهد على الذي بناه فوقع على رجل وقتل يكون على الذي
بنى المسجد وكذا دار وقفها على المساكين وقد أخرجها من يده وكان الاشهاد على المتولي والدية
تكون على عاقلة الواقف شيخنا عن الشلبي وقوله تكون على الذي بنى المسجد أي يكون ضمان دية
القتيل على عاقلة الذي بنى المسجد فقوله والدية تكون على عاقلة الواقف مرتبط بالمسئلتين وينبغي ان
يبطل الضمان بعزل المتولي فيما اذا كان الاشهاد عليه قياسا على ما اذا بلغ الصبي بعد ما اشهد على وليه
او وصيه (قوله ضمن خمس الدية) لان الطلب صح في الخمس فيكون متعديا كما في الدرر لانه الذي
اشهد عليه فيضمن قدر ما يملك منها حموي ولو قال ضمن خمس ما تلف ليشمل المال والنفس كما في الدر
لكان أولى فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح التقدم اليه قلنا
ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريق المرافعة زيلعي (قوله فعطب به رجل) أي
لا من الفعلة حتى لو كان من الفعلة ينبغي ان لا يجب فيه شئ وسيأتي ايضاحه في التتمة عن الجوهرة
(قوله ضمن الحافر أو الباني ثلثي الدية) لتعديه في الثلثين وقد حصل التلف بعلة واحدة فتقسم بالحصة
در (قوله لانه متعد في الحصتين) أي باعتبار ملك شريكيه وأما في ملكه فهو ليس بمتعد فيه عزمي
زاده (قوله وعندهما عليه نصف الدية الخ) أي على عاقلته وكذا قوله ضمن الحافر أو الباني الخ
على حذف مضاف والتقدير ضمن عاقلة الحافر والباني ثلثي الدية وانما كان الواجب عندهما نصف
الدية لان ما تلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه
غير متعد وباعتبار ملك شريكيه متعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين (تتمة) استأجر رجل أربعة لحفر
بئر له فوقعت البئر عليهم من حفرهم فمات أحدهم فعلى كل واحد من الثلاثة الباقية ربع الدية
ويسقط ربعها لكونه مات من جنايته وجناية أصحابه فيسقط ما قابل فعله خانية وغيرها زاد في الجوهرة
وهذا لو البئر في الطريق فلو في ملك المستأجر ينبغي ان لا يجب شئ لان الفعل مباح فما يحدث غير مضمون
واذا استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح فوقع فقتل انسانا قبل فراغهم من العمل فالضمان عليهم لانه
حينئذ لم يكن مسلما لرب الدار در

ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) من
أحد (فان مال) الحائط (الى دار
رجل فالطلب) مفوض (الى ربها)
خاصة وان كان فيها سكان ولهم ان
يطالبوه (فان اجله) اى اجل رب
الدار رب الحائط (او أبراه) منها او فعل
ذلك سكانها صح ولا ضمان عليه فيما
تلف بالحائط (بخلاف) ما اذا مال الى
(الطريق) العام فأجله القاضي او
من أشهد عليه حيث لا يصح ولو باع
الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها
المشترى او لا برئ من الضمان ولا ضمان
على المشترى ما لم يشهد عليه بعد
شرائه (حائط مشترك بين خمسة أشهد
على أحدهم فسقط على رجل)
فمات (ضمن) الذي اشهد عليه
(خمس الدية) ويكون ذلك على
عاقلته وان كان (دار بين ثلاثة حفر
أحدهم فيها بئرا او بنى حائطا) بغير
اذن صاحبيه (فعطب به رجل)
ضمن) الحافر او الباني (ثلثي الدية)
لانه متعد في الحصتين وهذا عند
أبي حنيفة وعندهما عليه نصف
الدية في المسئلتين والله أعلم

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

قدم على جناية المملوك نظرا الى اضافة الجناية الى الراكب والسائق والقائد وهم ملاك كذا بخط شيخنا ثم رأيت بخطه معزيا الى أحمد بن يونس ما نصه كان من حق هذا الباب ان يذكر بعد جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك لكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجماد من حيث عدم العقل الحق هذا الباب بباب ما يحدث الرجل فى الطريق انتهى والبهيمة كل ذات أربع قوائم ولو فى البحر أو كل شئ لا يميز والجمع بهائم شيخنا عن القاموس (قوله ضمن الراكب الخ) ولو كان معه سائق قيل لا يضمن السائق ما وطئت لان الراكب مباشر والسائق متسبب والاضافة الى المباشر أولى وقيل يضمنان قياسا على ما اذا نخسها شخص بأمر الراكب فأتلفت شيئا والصحيح الاول لان التسبب فيه لا يعمل بانفراده فى الاتلاف فكان كالحفر مع الالقاء زيلعى بخلاف ما اذا نخسها بأمره فان التسبب فيه يعمل بانفراده فيشتركان والاصل فيما ذكره المصنف ان المرور فى الطريق مباح فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه هداية لا فيما لا يمكن اذ تقييده بها مطلقا يؤدى الى سد بابه والاحتراز عن الايطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فيضمن به ولا يمكن الاحتراز عن النفحة مع السير فلا يضمن به وان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة لتعديه بالايقاف فى الطريق وفى ملكه لا يضمن شيئا الا الايطاء وهو راكبها لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله فيحرم الميراث تنوير وشرحه ولا فرق فى ملكه بين الكامل والمشترك متساويا كان أو متفاضلا عناية وفى ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هى من غير ان يدخلها هو ولم يكن معها لا يضمن شيئا وان أدخلها ضمن سواء كان معها أو لا لتعديه بالادخال وباب المسجد كالطريق فى الايقاف عينى ولو جعل الامام موضعا للدواب عند باب المسجد فلا ضمان وكذا ايقاف الدابة فى سوق الدواب لانه مأذون له من جهة السلطان وكذا الفلاة وطريق مكة اذا وقف فى غير المحجة لانه لا يضر بالناس اما بالمحجة فهى كالطريق والمحجة معظم الطريق أو أوسطه شيخ شاهين (قوله والواوات بمعنى أو) صوابه والواوان حموى ويجاب بانه أطلق الجمع على ما فوق الواحد (قوله اذا ضربته بحد حافرها) كذا فى شرح الدرر لكن ذكر فى المتن ما يقتضى انه الضرب مطلقا لا بهذا القيد حيث قال لا ما نفحت برجلها أو ذنبها ولهذا قال العلامة الوانى فيكون النفح بمعنى مطلق الضرب انتهى يعنى وهو مخالف لما سبق عنه من تقييده الضرب بحد حافرها وأجاب المولى عزمى بانه يحتمل ان تكون هذه العبارة من قبيل علفتها تبنا وماء باردا أى لا يضمن ما نفحت برجلها أو ضربت بذنبها وأقول ذكر السيوطى فى مختصر النهاية ان النفح الضرب والرمى قال والمكثرون هم المقلون الا من نفح بيمينه وشماله أى ضرب بيديه بالعطاء ونفح الدابة برجلها رفسها انتهى فظاهره ان النفح مطلق الضرب كما ذكره الوانى لا بقيد كونه بحد حافرها كما قيده به فى الصحاح على ما سيأتى فى الشارح فالظاهر ثبوت الخلاف لغة وعليه فلا يتم ما ذكره عزمى وان اقره نوح أفندى ثم رأيت العلامة القهستانى ذكر فى شرح قول المتن لا ما نفحت برجلها فقال بالحاء المهملة أى ضربت بها فهو من باب استعمال المقيد فى المطلق لا من قبيل علفتها تبنا وماء باردا كما ظن الخ (قوله كذا فى الصحاح) الصحاح بالفتح مفرد كذا بخط شيخنا (قوله وان أصابت بيدها أو برجلها الخ) لعدم امكان الاحتراز عن ذلك بخلاف ما لو كان الحجر كبيرا لامكان الاحتراز عنه عينى (قوله وان راثت الخ) لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهى تسير وكذا اذا أوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا بخلاف ما لو أوقفها لغير الروث والبول حيث يضمن ما عطب به لتعديه بالايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير عينى وكذا اذا سقط لعاب الدابة من فمها

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)
(ضمن الراكب ماوطئت
(وغيرذلك
دابته بيد ورجل ورأس) والواوات بمعنى
او (أوكدمت) الكدم العض بمقدم
الاسنان (أوخبطت) الخبط الضرب
باليد (أوصدمت) الصدم ضرب الشئ
بجسده (لا ما نفحت) أى لا يضمن
ما نفحت الدابة (برجل أوذنب الا
اذا أوقفها) الراكب (فى الطريق)
فحينئذ يضمن يقال نفحت الدابة الشئ
اذا ضربته بحد حافرها كذا فى الصحاح
(وان أصابت بيدها أو برجلها حصاة
أونواة) أى حب التمر (أوأثارت
غبارا أوحجرا صغيرا ففقأ عينا)
أوأغارها بان شق حدقتها أوأفسد
ثوبا (لم يضمن ولو) أثارت حجرا (كبيرا
ضمن) وان راثت أوبالت فى طريق
لم يضمن من عطب به

فى الطريق لا يضمن ماعطب به لانه لا يمكن الاحتراز عنه كما فى غاية البيان (قوله وان أوقفها) كان حقه ان يقول وان وقفها الان قولك وقف وقفا متعد ووقف وقوفا لازم ولا يقال أوقفه الا فى لغة رديئة حموى عن النهاية ثم رأيت الوانى أجاب بانه لشيوعه فى معنى اللازم وكثرة استعماله فيه اختار ذلك (قوله وماضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لان المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف فى الدابة بالتسيير على ما أراد لا يختلف لانها فى أيديهم وتحت تصرفهم عناية (قوله وعلى الراكب الكفارة الخ) لانه مباشر وهى حكم المباشرة ولهذا الايرث ولا وصية له زيلعى واختيار (قوله ولا على الراكب فيما وراء الايطاء) من هنا يعلم ان ماوقع فى العينى من قوله بعد قول المتن وعلى الراكب الكفارة يعنى فى الايطاء وغيره صوابه حذف قوله وغيره أو ابدال الواو بلا النافية (قوله والمراد النفحة) وانما فسرت بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف عناية ووجه الفرق بين الراكب والقائد وبين السائق حيث ضمن السائق النفحة بالرجل دونهما على ماذكره القدورى انها بمرئى عينه فيمكنه الاحتراز عنها بخلاف الراكب والقائد لكونها غائبة عن بصرهما در بتصرف (قوله والصحيح ان السائق الخ) فعلى هذا يكون ماذكره المصنف من قوله وماضمنه الراكب الخ مضطردا منعكسا والمراد بالاضطراد التلازم فى الاثبات وبالانعكاس التلازم فى النفى والحاصل ان كل موضع يضمن فيه الراكب يضمن فيه السائق والقائد وكل موضع لا يضمن فيه الراكب لا يضمن فيه السائق والقائد نوح أفندى (قوله ولو اصتدم فارسان الخ) هذا اذا وقع كل منهما على قفاه وان على وجوههما فلاشئ وان احدهما على قفاه والآخر على وجهه فدم الذى وقع على وجهه هدر وهذا بخلاف تجاذب الحبل فعلى عاقلة كل دية الآخر اذا وقعا على وجوههما وان وقع أحدهما على وجهه والآخر على قفاه فدم الذى وقع على قفاه هدر لانه سقط بفعل نفسه ودية الآخر على عاقلة الآخر شرنبلالية عن الولوالجية وغيرها ولو قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فاتا فديتهما على عاقلة القاطع لتسببه بالقطع تنوير وشرحه بقى ان يقال قول المصنف ولو اصطدم فارسان الخ ليس على اطلاقه بدليل مانقله شيخنا عن الاختيار حيث قال سافر رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لاضمان على المقدم وان عطب المقدم فالضمان على المؤخر وكذا فى سفينتين الخ فيحمل ماذكره المصنف على ما اذا كان كل من الفارسين استقبل الآخر (تتمة) سفينة مملوءة بالطعام فجاء رجل وطرح فيها منا زائدا فغرقت يضاف الغرق الى المن الزائد شيخنا عن النهاية (قوله ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قيده فى الدر المختار بأن لا يكونا من العجم فلو كانا منهم فالدية فى مالهما (قوله وهو القياس) لان كلا منهما مقتول بفعل نفسه وفعل صاحبه ففعل نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر ولنا ان صدمة كل من المصطدمين علة تلف صاحبه وشرط تلف نفسه فاضيف كله الى صاحب العلة لا الى صاحب الشرط فان قلت مافائدة وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر قلت لجواز ان تكون احدى العاقلتين أصحاب عين والاخرى أصحاب مواش أو غيرها فيحصل الانتفاع للطرفين عينى (قوله فى العمد والخطا) كذا قاله العينى وهو خطأ والصواب فى الخطا وأما العمد فانه يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر كذا ذكره بعضهم معزيا للاتقانى وأقول الذى ذكره الشلبى على مانقل عنه شيخنا ان عبارة العينى ومنلا مسكين توهم وجوب الدية فى الخطا والعمد ولا شك ان تعبير الشلبى بالايهام كالتصريح منه بأنه لامانع من حمل العبارة على مابه ينتفى هذا الايهام ومن هنا ذكر شيخنا ان المراد من قوله فى العمد والخطا أى وجوب نصف الدية فى العمد على عاقلة كل واحد منهما وفى الخطا الدية الكاملة انتهى (قوله يهدر الدم الخ) لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير به المولى مختارا للفداء عينى (قوله فيأخذها) أى قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغى ان تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت والورثة يخلفونه والعاقلة

وان اوقفها الذلك وان اوقفها لغيره) فعطب انسان بروثها او ببولها (ضمن) والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب (وماضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد وعلى الراكب الكفارة) فيما وطئته الدابة بيدها اورجلها لانه مباشر فيه (لاعليهما) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء وذكر القدورى فى مختصره والسائق ضامن لما أصابت بيدها اورجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة والصحيح ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان بمرئى عين من السائق وقال الشافعى يضمنون النفحة (ولو اصطدم فارسان) أى ضرب أحدهما الآخر بنفسه (اوماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) استحسانا وقال زفر والشافعى يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو القياس هذا اذا كانا حرين فى العمد والخطا وان كانا عبدين يهدر الدم فى العمد والخطا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففى الخطا يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر

يتحملون موجب جنايته فلما ملك الميت ماتحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا فى امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة واجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجانى والراجع هنا وارثه فبالنظر الى ان المستحق أولا هو الجانى تسقط وبالنظر الى ان الراجع غيره لا تسقط فلا تسقط بالشك عناية (قوله ويبطل حق الجراح) لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الاقدر ما أخلف وهو القيمة فى الخطا ونصفها فى العمد زيلعى (قوله وكذا ما يحمل عليها) لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فصار كأنه ألقاه على الطريق بيده بخلاف الرداء فانه لا يقصد حفظه عينى (قوله ضمن عاقلة القائد) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا درر (قوله فعليهما الدية) لاستوائهما فى التسبيب كما فى العينى لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة ثم ما ذكره المصنف من ان الدية عليهما مقيد بما اذا لم يكن لهما عاقلة درر فان كان كان الوجوب على العاقلة ولو ان انسانا قاد أعمى فوطئ الاعمى انسانا فقتله ينبغى ان لا يجب الضمان على القائد لان الاعمى من أهل وجوب الضمان ففعله ينسب اليه خاصة عناية (قوله يضمن ما عطب الخ) لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام والسائق يسوق ما كان امامه درر ولو ركب رجل بعيرا وسط القطار ولم يسق منها شيئا لم يضمن ما أصاب الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا الابل التى خلفه لانه ليس بقائد الا اذا كان آخذا بزمام ما خلفه اما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده عينى لانه جعل فيه مباشرا حتى أجروا عليه أحكامها (قوله والقائد لا يعلم) فان علم لا يرجع على عاقلة الرابط لان القائد رضى به والتلف قد اتصل بفعله درر (قوله فعلى عاقلة القائد) لانه قائد للكل فيكون قائدا لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع تحقق سبب الضمان منه لا يسقط الضمان بجهله درر وان انتفى عنه الاثم (قوله ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذى أوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع ان كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به زيلعى (قوله فى حال سير القطار) لانه أمر بالقود دلالة (قوله لا يرجع) لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة غاية الامر انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكنه زال بالقود فصار كما لو وضع حجرا ونحاه غيره درر (قوله أى خلفها) وان لم يمش خلفها فما دام فى فورها فهو سائق لها فى الحكم فيلحق بالسوق واذا تراخى انقطع السوق عينى (قوله فأصابت شيئا ضمن) لانه الحامل لها عينى (قوله وان أرسل طيرا) سواء ساقه أو لا لان بدنه لا يحتمل السوق فلم يعتبر بخلاف البهيمة عينى (قوله أو انفلتت دابة) كما لو جمحت الدابة بالراكب ولو سكران ولم يقدر الراكب على ردها فانه لا يضمن كالمنفلتة لانه حينئذ ليس بمسير لها ولو ضرب دابة عليها راكب أو نخسها بلا أمر ولو غير مكلف كما فى الشرنبلالية عن البرهان فنفحت أو ضربت بيدها آخر او نفرت فصدمته وقتلته ضمن الناخس لا الراكب كما فى التنوير فاذا كان موقفا دابته على الطريق أو كان باذنه فدمه عليهما ولو نفحت الناخس فدمه هدر ولو ألقت الراكب فقتلته فديته على عاقلة الناخس ثم الناخس انما يضمن لو الوطء على فور النخس والا فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس در عن الدرر والبزازية بقى ان يقال ما ذكره فى الهداية من ان الناخس اذا كان صبيا فالضمان فى ماله يحمل على ما اذا كانت الجناية على المال أو فيما دون ارش الموضحة والا فعلى عاقلته (قوله فجاءة) بالمد والهمز شيخنا (قوله لا يضمن المرسل) لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار أى هدر وهى المنفلتة ولان الفعل لم يضف اليه اذ لم يوجد منه ما يوجب النسبة اليه من الارسال والسوق ونحوهما كذا فى الدرر وليس فى الزيلعى لفظ جرح ونص الحديث العجماء جبار قال الزيلعى أى فعل العجماء هدر اه قال شيخنا ولعل ما أورده صاحب

الدرر

ويبطل حق الحر المقتول فى الدية فيما زاد على القيمة وفى العبد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد فيأخذه ولى المقتول (ولو ساق) رجل (دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) وكذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها (وان قاد قطارا) بالكسر الابل تقطر على نسق واحد (فوطئ بعير) من القطار (انسانا ضمن عاقلة القائد الدية) الكاملة (فان كان معه سائق فعليهما) الدية هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه (وان ربط بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد بديه ما تلف على عاقلة الرابط) أى ان ربط رجل بعيرا بالقطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط رجلا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط قالوا هذا اذا ربط فى حال سير القطار أما اذا ربط فى حال وقوف الابل ثم قاد القطار لا يرجع (ومن أرسل بهيمة) أى كلبا (و) قد (كان) المرسل (سائقها) أى خلفها (فأصابت شيئا) فى فورها (ضمن وان أرسل طيرا أو بازيا (او كلبا ولم يكن) المرسل (سائقا) له (او انفلتت دابة) الانفلات خروج الشئ فلتة أى فجاءة (فأصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا الا) يضمن المرسل وصاحب الدابة

الدر رلفظ حديث آخر ثم رأيت نوح أفندى ذكر مانصه أخرج الامام مالك والامام أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن الاربعة عن أبى هريرة انه قال قال عليه الصلاة والسلام العجماء جرحها جبار الخ ولو ساقها بقدر ما يخرجها عن ملكه فتلفت لاضمان عليه فى الصحيح له كلب يأكل عنب الكروم فاشهد عليه فلم يحفظه حتى أكل العنب لم يضمن وانما يضمن اذا أشهد عليه فيما يخاف منه تلف بنى آدم كالحائط المائل ونطح الثور وعقر الكلب كذا فى الدرر وأقول ماذكر من التفصيل أحد قولين وفى القول الآخر يضمن ما تلف مطلقا ولو غير بنى آدم حيث كان التلف بعد ما تقدم اليه ولهذا أفتى مصنف التنوير بالضمان على من له نحل فى بستانه فيخرج ويأكل عنب الناس حيث كان بعد ما أشهدوا عليه وذكر فى الدر انه يؤمر بتحويله من ملكه على ما عليه الفتوى اذا كان الضرر بينا وهذا أى لزوم الضمان بعد التقدم بلا فرق بين الآدمى وغيره هو الظاهر من كلام الزيلعى حيث أطلق فى ضمان ما أتلفه الكلب ان كان تقدم الى صاحبه قبل الاتلاف (قوله وعن أبى يوسف انه يجب الضمان الخ) صيانة لاموال الناس والفتوى على هذه الرواية حموى عن المفتاح معزيا للصدر الشهيد فاذا كان الفتوى على هذه الرواية مع انه لم يوجد الاشهاد على صاحب الدابة فكيف لا يكون ماذكره الزيلعى من الضمان فى مسئلة الكلب بعد التقدم الى صاحبه على اطلاقه فماذكره فى منح الغفار من انه يمكن حمل المتلف فى كلام الزيلعى على الآدمى غير صواب ولهذا استدرك عليه فى الدر بانه أفتى فى مسئلة النحل بالضمان فتنبه (قوله فالمرسل ضامن) لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها زيلعى (قوله وكذا اذا وقفت الخ) أى ينقطع حكم الارسال بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال فى الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافى مقصوده وهو السير بخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو مالا فى فوره حيث لا يضمن وفى ارسال البهيمة فى الطريق يضمن لانه شغل الطريق بعد بخلاف الارسال للاصطياد زيلعى عن الهداية (قوله وفى فق عين شاة) أو دجاجة كما فى التنوير (قوله شاة القصاب) عبارة الدرر وضمن فى فق عين شاة القصاب قال العلامة عزمى زاده هذا والحكم فى كل شاة والقصاب ليس بقيد وذكر نوح أفندى ان القصاب بالرفع فاعل ضمن وعليه فيكون التقدير وضمن القصاب الخ (قوله ما نقصها) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قيل قيد القصاب لغو لان الحكم فى جميع الشاة كذلك عينى وغيره وفيه نظر لان الاصل فى القيود ان تكون لبيان الواقع فلا يكون لغوا حموى بقى ان ضمان النقصان شامل للحاصل بالهزال من فق العين وانى أفندى (قوله وفى عين بدنة الجزار) وكذا بدنة غير الجزار دلالة كما فى الرمز ففائدة الاضافة عدم اعتبار الاعداد للحم درعن ابن الكمال (قوله وقال الشافعى ضمن فيه النقصان أيضا) اعتبارا بالشاة ولنا ماروى انه عليه السلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وكذا قضى عمر ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة هداية وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وقد ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه واعلم انه فى الدر ذكر مسئلة فق العينين معزوة للزيلعى عقب فق عين الشاة وكان المناسب كما فى الزيلعى ذكرها بعد فق عين بقرة الجزار وجزوره وعليه مؤاخذة أخرى حيث فسر الجزور بالابل مطلقا تبعا لصاحب الدرر مع ان الجزور كما فى العناية ما اعد من الابل للجزر ولهذا ذكر عزمى ان فى تفسيره بالابل مطلقا من التسامح ما لا يخفى انتهى وأقول لا نسلم انه فسره بالابل مطلقا بل مضافا لضمير الجزار ولاشك ان هذه الاضافة تشعر بالقيد المذكور وحينئذ فلا تسامح ثم رأيت نوح أفندى نقل عن القاموس ان

وعن أبى يوسف انه يجب الضمان
فى كلها وذكر فى المبسوط اذا أرسل
دابته فى طريق المسلمين فأصابت
فى فورها فالمرسل ضامن وان عدلت
يمينا أو شمالا فلا ضمان عليه الا ان
لا يكون الطريق غير الذى أخذت
فيه فحينئذ يكون ضامنا وكذا اذا
وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا أرسل... فطار الطير
عليه ومن فتح باب قفص فخرجت الدابة
أو باب اصطبل الفاتح وقال محمد
وهلكت لا يضمن (وفى فقء عين شاة) تكون
يضمن (القصاب ضمن النقصان) أى يجب
ماانتقصها (وفى) فقء (عين بدنة
الجزار) و (فى فقء عين البقرة
والفرس والبغل) يجب (ربع القيمة)
وقال الشافعى ضمن فيه النقصان
أيضا

الجزور البعير أو خاص بالناقة المجزورة انتهى قال فعلى هذا لا مسامحة فى عبارة المصنف ونقل عن الصحاح ان الجزور من الابل يقع على الذكر والانثى وهى تؤنث والجمع الجزر انتهى والتقييد بالعين لانه لو قطع اذنها او ذنبها يضمن نقصانها وكذا لسان الثور والحمار وقيل جميع القيمة كما لو قطع احدى قوائمها فانه يضمن قيمتها وعليه الفتوى لو غيرها كوله وان ما كوله خير كما مر فى العينين درلكن نقل شيخنا عن الشلبى بالعزو الى مواهب الرحمن وشرحه مانصه قطع يد بهيمة غيرها كوله أو رجلها لزمه قيمتها لاتلافه اياها حكما ولا خيار للمالك فى امساكها وأخذ النقصان لانعدامها بفوات المقصود منها وكذلك الحكم فى البهيمة الما كولة فى ظاهر الرواية حيث كان المقصود منها التحميل أو الركوب انتهى

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

لما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع فى جناية المملوك واخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك شلبى عن الاتقانى لا يقال العبد ليس أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخرعنها لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق والقائد وهم ملاك كما سبق (قوله بان كان ملكا) قال الزيلعى بان كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة (قوله وان لم يكن محلا) بان انعقد له شئ مما مر حموى (قوله فاذا جنى عبد خطأ) لم يذكر ما يثبت به الخطأ وفى البدائع يثبت بالبينة واقرار المولى وعلم القاضى ولا يثبت باقرار العبد ولو مأذونا ولا يؤخذ به فى الحال ولا بعد العتق وكذا لو أقر بعد العتق انه جنى فى حال الرق لاشئ عليه انتهى والفتوى على عدم العمل بعلم القاضى فى زماننا كما فى الاشباه عن جامع الفصولين كذا فى الشرنبلالية وفى اقرار المولى عليه مديونا نظر الا ان يقال الاقرار على الغير فى ضمن اقراره على نفسه يصح كالزوجة تقر بدين تحبس عليه وان كان فيه ضرر الزوج حموى عن المقدسى وانما لا تثبت جناية الخطا على العبد باقراره ولو مأذونا لان موجب جناية الخطا منه على مولاه يخاطب بدفعه او فدائه فلا ينفذ عليه كاقرار المدبر وأم الولد كذا بخط شيخنا (قوله دفعه بالجناية اوفداه) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلان التأجيل فى الاعيان باطل وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد فيقوم مقامه و يأخذ حكمه كذا فى الهداية وأيهما اختاره المولى تعين وليس لولى الجناية غيره والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل الى هذا أشار فى الهداية حيث قال وأيهما اختاره وفعله الخ بناء على ان الواو من قوله وفعله بمعنى او وهو اولى مما قيل تقييده بالفعل وقع اتفاقا ثم لا فرق بين ان يكون المولى قادرا على الارش اولم يكن عند أبى حنيفة وعندهما لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء كما فى العينى واعلم ان المولى لا يقضى عليه بشئ من دفع اوارش قبل برء المجنى عليه لاحتمال السراية لان موجبها قبل البرء مجهول حموى عن العناية (قوله أوفداه بالارش) الارش اسم لما وجب فيما دون النفس والمراد هنا ما يكون عوضا عن الجناية سواء كانت فى النفس اوفيما دونها قال أخى شلبى واستعماله فى هذا المعنى الاعم فى اطلاقات الفقهاء غير عزيز شيخنا عن نوح أفندى (قوله وقال الشافعى جنايته تكون دينا الخ) لان الاصل فى الجناية ان تكون على الجانى الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الذمى ولنا ان الاصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطا ان يتباعد عن الجانى اذ هو معذور حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل فى العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمى لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته وفى اثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه الخ الهداية (قوله ثم الواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح) كذا فى الهداية والتبيين وقال فخر الاسلام البزدوى الصحيح ان الواجب الاصلى هو الفداء شرنبلالية عن السراج والجوهرة (قوله حتى

يسقط

(باب جناية المملوك والجناية عليه)
(جنايات المملوك) وان كثرت
(لا توجب الا دفعا واحدا لو) كان
الجانى المملوك (محلا له) أى للدفع
بان كان ملكا لمولاه وقت الجناية
(والا) أى وان لم يكن محلا له
لا يوجب الا (قيمة واحدة) فاذا
(جنى عبد خطأ) فمولاه بالخيار ان شاء
(دفعه بالجناية) فيملكه ولى الجناية
(او فداه بالارش) وأمسك عبده
عندنا وقال الشافعى جنايته تكون
دينا فى رقبته يباع فيه الا ان يقضى
المولى الارش وفائدة الخلاف تظهر
فى اتباع الجانى بعد العتق وعندنا اذا
أعتقه المولى بعد العلم بالجناية كان
مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى
بعد العتق بل يطالب العبد ثم الواجب
الاصلى هو الدفع فى الصحيح حتى

يسقط الموجب بموت العبد) لفوات محل الواجب كما في الدرر فلو كان الواجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفداء ووجه ما قيل من ان الواجب الاصلى هو الارش ان النصوص مطلقة من غير فصل لكن للمولى التخلص بالدفع تخفيفا عليه كما في الزيلعى قال في البدائع هذا يعنى القول بسقوط الواجب بالموت يدل على ان قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولى بين الدفع والفداء ليس بسديد لانه لو كان كذلك لتعين الفداء عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجنى عليه على ما هو الاصل في المخير بين شيئين اذا هلك أحدهما انه يتعين عليه الآخر شرنبلالية والجواب ان يقال هذا اذا كان المخير فيه قائما بمحلين مختلفين كما اذا قال لعبديه أحدكما حرا ولامرأتيه احداكما طالق فانه اذا فات أحدهما تعين الآخر وأما اذا كان في محل واحد فات التخيير بفوات محل الوصفين ومسئلتنا من هذا القبيل شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين بقى ان يقال لا فرق في كون المولى يبرأ بموت العبد قبل اختياره الفداء بين ان يكون بآفة سماوية او بعثه المولى في حاجته فعطب او استخدمه كما في الشرنبلالية عن النهاية بالعزو الى المبسوط (قوله واعلم ان التقييد الخ) هذا اذا كان العبد عاقلا بالغا أما اذا كان مجنونا او صغيرا فعمده كالخطأ مطلقا (قوله لانه اذا كان عمدا يجب القصاص) ولم يجز الاسترقاق لكونه مباح الدم در ولعل المراد نفى الدفع بموجب الجناية لان موجبها القصاص ولا يصح ان يراد نفى الدفع فداء عن الجناية لانه يصح كما صرح به الزيلعى في قوله عبد قطع يد حر عمدا كذا في الشرنبلالية وفيه نظر اذ المراد نفى صحة الدفع فيما فيه القصاص واما دفعه في جناية قطعه يد الحر لانه لا قصاص بين الحر والعبد في الاطراف فيصح دفعه بلا خلاف كذا ذكره الشيخ شاهين قال شيخنا وفيه نظر (قوله فهى كالاولى) فانه اذا فدى خلص الجانى عن الاولى فصارت كان لم تكن فيجب بالثانية الدفع او الفداء درر (قوله ويقتسمانه على قدر جنايتهما) بيانه فيما اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر واختار المولى الدفع فانه يدفع العبد اليهما اثلاثا لان ولى المقتول ثبت حقه في الدية وهى عشرة آلاف وحق المفقوء عينه في نصف الدية ولو كان شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع الى صاحب الموضحة سدس العبد والى صاحب الهاشمة ثلثه والى صاحب المنقلة نصفه لان لصاحب الموضحة خمسمائة ولصاحب الهاشمة ألفا ولصاحب المنقلة ألفا وخمسمائة فاقتسموا الرقبة على ذلك حموى عن شرح القدورى (قوله او فداه بارشهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الاول اولى ان لا يمنع وللمولى ان يفتدى من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لاختلاف الحقوق بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان او اولياء حيث لم يكن له ان يفدى من البعض ويدفع الباقى الى البعض لاتحاد الحق فلا يملك تفريق موجبها عينى مع هداية (قوله ضمن الاقل) لانه فوت حقه وحقه في اقلهما كما في العينى ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم زيلعى (قوله من قيمته ومن الارش) كلمة من ليست للتفضيل لان من التفضيلية لا تجتمع مع الالف واللام بل لبيان الاقل يعنى ضمن الاقل الذى هو القيمة تارة والارش اخرى شيخنا عن نوح افندى ومنه يعلم سقوط ما اعترض به في المفتاح على المصنف على ما نقل عنه الحموى حيث قال وكان حق الكلام ان يقول أقل من قيمته بدون الالف واللام انتهى لان مبنى الاعتراض على ما توهمه من ان من للتفضيل وليس كذلك على ان جعلها للتفضيل يلزم عليه ان يكون الواجب على المولى ما هو الاقل من كل منهما وهو فاسد لكون الواجب عليه أقل الامرين فتنبه (قوله ولو عالما لزمه الارش) لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر هداية (قوله فيما اذا باع العبد الخ) بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخى بالبيع وأخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما

يسقط الموجب بموت العبد وان مات بعدما اختار المولى الفداء لم يبرأ بموت العبد واعلم ان التقييد بالخطأ انما يفيد في جناية العبد في النفس وأما فيما دون النفس فلا يفيد التقييد بالخطأ لانه اذا كان عمدا يجب القصاص وعمده في هذا الحكم لان خطأ العبد وعمده فيما دون النفس على السواء فانه يوجب المال في الحالين لان القصاص لا يجرى بين العبيد والعبيد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس (فان فداه) المولى (ثم جنى) العبد جناية اخرى (فهى) اى هذه الجناية (كالاولى فان جنى جنايتين) فالمولى بالخيار ان شاء (دفعه بهما) الى ولى الجنايتين فيما كان العبد ويقتسمانه على قدر جنايتهما (او فداه بارشهما) اى بارش كل واحد منهما (فان اعتقه) المولى حال كونه (غير عالم بالجناية) سواء كانت الجناية في النفس او في الاطراف (ضمن) المولى (الاقل من قيمته) اى العبد (ومن الارش ولو) اعتقه حال كونه (عالما بها لزمه) اى المولى (الارش) وفيما اذا (كبيعه) اى كما يجب الارش باع العبد بعد العلم بالجناية

دونها واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم والمعتبر هنا العيب الحقيقى لا الحكمى وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن فى الاظهر لان له فسخ الاجارة والرهن لتعلق حق المجنى عليه بعين العبد سابقا على حقهما وكذا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته هداية وعينى (قوله وكتابته الخ) لان كل واحد منهما يمنع من دفعه (قوله واستيلاده) هل المراد به الوطء المعلق أو ظهوره بالدعوى لم أر من صرح به وعبارة السرخسى وكذا لو كانت أمة فاستولدها فان جامعها ولم تلد فليس باختيار وله ان يدفعها الا فى رواية عن أبى يوسف حموى (قوله وقال زفر لا تجب الدية الخ) لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث فى يمينه ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول لا من وقت القول وكذا اذا قال اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعى اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار وهذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطإ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين الحر والعبد فى القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولى الجناية بالعتق هداية وزيلعى (قوله عبد قطع يد حر عمدا الخ) قال فى المفتاح التقييد بالعمد اتفاقى فان الحكم فى الخطإ كذلك كما فى النهاية حموى وأقول جعل القيد اتفاقيا يستقيم بالنظر بقوله فالعبد صلح بالجناية لا بالنظر لقوله وان لم يحرره الخ لان الحكم فيها هو القود فالاولى أن يقال انما قيد بالعمد توطئة لما سيأتى من قوله وان لم يحرره الخ واليه يشير قول الشارح والمسئلة بحالها (قوله فالعبد صلح بالجناية) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من ان الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية نوح أفندى (قوله رد على سيده) ويقاد لانه بالسراية تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لانه لا يجرى القصاص فى الاطراف بين الحر والعبد فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على ان قصده تصحيح الصلح ولا صحة لهذا الصلح الا ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها وقد رضى الولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل فعن الكثير يكون أرضى فاذا أعتق صح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد وكذا الحكم لو كان القاطع حرا فصالح بعبده فان أعتقه ثم سرى فهو صلح بها وان لم يعتقه رد واقيد الى هذا أشار فى الهداية والنهاية واستشكل هذا على قول الامام فيما لو عفا عن اليد فسرى حيث يبطل

وطئه وتدبيره واستيلاده (وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك) أى ان قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر ففعل العبد شيئا من ذلك وعلى المولى دية القتيل وقال زفر لا تجب الدية وعليه قيمة العبد (عبد قطع يد حر عمدا ودفع) العبد (اليه) مطلقا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء (فحرره) ولى الجناية (فمات) الحر (من اليد) فالعبد صلح بالجناية (وان لم يحرره) والمسألة بحالها (رد) العبد (على سيده)

العفو ولا قصاص وهنا قال يجب قيل ما ذكرهنا جواب القياس وقيل بينهما فرق وهو ان العفو عن اليد صح ظاهرا فهو وان بطل بعد ذلك حكما بقي موجودا حقيقة فيكفي لمنع وجوب القصاص أما هنا فان الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة كذا في الهداية وغيرها وفيه انهم قد صرحوا في أول الجنايات أن موجب العمد القود الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فجعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان أريد ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنها على مال وان سقط بعد الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى قال العلامة المقدسي على ما نقل عنه السيد الحموي وأقول العفو والصلح يجتمعان في المعنى الذي ذكره المورد وهذا لا ينفي الفرق بينهما من الوجه الذي ذكروه لان العفو كالابراء للدين لا يبقى معه ويسقط بالكلية بخلاف قبول التعويض عنه فانه لا يسقطه بل يقرره ويثبت نظيره في ذمة المتعوض وانما يمتنع المطالبة به لثبوت نظيره لا لسقوطه حتى لو أبرأه منه طالبه بنظيره فاذا بطل طريق أخذه عاد الى حقه من القود بقي أن يقال ظاهر كلام الهداية قصر الاستشكال على مذهب الامام وليس كذلك كما يعلم بمراجعة الزيلعي (قوله رد العبد) أي برده الورثة بتقرر ما قدره للمولى حموي (قوله يجب عليه قيمتان) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع لعدم التزاحم بينهما اذ لولا الاعتاق لدفع الى ولي الجناية ثم يباع للدين فان فضل شيء عن ديونهم كان لولي الجناية والا فلا شيء له بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى للغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلة الحق أي حق الدفع لانه دونه وهنا يجب كل منهما باتلاف الحق أي الدفع للاولياء والبيع للغرماء فيضمنهما هداية وزيلعي ودرر (قوله اذا كانت القيمة أقل من الدين الخ) ولهذا قال في الدرر تبعا للوقاية غرم لرب الدين الاقل من القيمة ومن الدين ولولي الجناية الاقل من القيمة ومن الارش والحاصل ان ما ذكره المصنف تبعا للهداية من ان عليه قيمتين قيمة لرب الدين وقيمة لرب الجناية محمول على ما اذا كانت القيمة اقل من الدين ومن الارش كما ذكره الشارح واكمل الدين وحينئذ فما في الهداية غير مخالف لما في الدرر والوقاية كما توهمه المولى عزمي الهندي أشار شيخنا (قوله تجب الدين والارش) كذا بخط شيخنا وهو الصواب خلافا لما في بعض النسخ من قوله تجب الدية (قوله ولدت في حال الاذن) يعني من غير مولاها لانها لو ولدت منه تصير ام ولد له فلا تباع ولا تدفع لولي الجناية حموي (وله لم يدفع الولد) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان موجب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها فلا يسري الى الولد واعلم ان ما ذكره المصنف هو ظاهر الرواية وذكر شيخ الاسلام والحاكم الشهيد ان حق ولي الجناية يسري الى الولد واليه أشار محمد في الجامع حموي ثم اعلم ان شرط السراية للولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين أما اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بها سواء اكتسبت قبل الدين أو بعده كذا ذكره العيني والفرق ان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه أحد كانت هي الخصم فباعتبار اليد كانت احق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية قبل الانفصال كذا بخط شيخنا (قوله لا شيء له) لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد أقر انه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية على العاقلة لانه حر فيصدق الزاعم في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة درر فلو أقر بحريته بعد دفعه له بالجناية فانه يعتق عليه باقراره كمن اشترى عبدا ثم

وبقادم) ان شاء الاولياء وان شاؤا
بعفوا عنه (جنى) عبد (مأذون
مديون) جناية (خطأ فحرره سيده
بلا علم) بالجناية يجب (عليه) أي
على المولى (قيمتان قيمة لرب
الدين وقيمة لولي الجناية) اذا
كانت القيمة أقل من الدين أو من
الارش وان كانت أكثر يجب الدين
والارش وان أعتقه بعد العلم فعليه
قيمة لرب الدين وارش الجناية للاولياء
المجنى عليه أمة (مأذونة مديونة ولدت)
في حال الاذن (بيعت مع ولدها
للدين وان جنت فولدت) بعد الجناية
(لم يدفع الولد) ودفعت الامة (له
عبد زعم رجل ان سيده حرره وقتل)
العبد (وليه) أي ولي الزاعم
(خطأ لا شيء له) أي لهذا الزاعم لا على
العبد ولا على العاقلة ولا على المولى
وان قتل عمدا يقتل العبد (قال معتق
لرجل قتلت أخاك خطأ وانا عبد
وقال) ذلك الرجل (قتلته) بعد العتق
فالقول للعبد) بالاجماع ولا يؤخذ به
وكذا لو قال لعبد بعد عتقه أخذت
مالك أو قطعت يدك وأنا عبدك وقال
العبد لا بل قطعت بعد العتق

اقر بأن المولى حرره قبل بيعه زيلعى (قوله فالقول للعبد بالاجماع) لانه منكر للضمان لانه اسنده الى حالة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا عينى (قوله وان قال قطعت يدك الخ) والحاصل ان هذه المسئلة على ثلاثة أوجه فى وجه يكون القول للمولى وهو ما اذا أخذ الغلة أو وطئها وفى وجه يكون القول لها وهو ما اذا أقر المولى انه اخذ منها مالا وهو قائم فى يده وفى وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها أو قطع يدها وقد اتفقوا على اصلين احدهما ان الاسناد الى حالة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر ان من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثانى مخرج على الاصل الثانى بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد على الاول وهما على الثانى كذا فى العناية فحيث كان الخلاف ثابتا فيما اذا أقر بقطع يدها كان ما ذكره الشارح من حكاية الخلاف عقب هذه المسئلة صوابا ومن هنا يعلم ان ما ذكره السيد الحموى وتبعه فيه بعضهم من ان الصواب ذكر الخلاف بعد قوله وكذا كل ما أخذ منها الخ كما فعل فى الهداية والتبيين غير صواب لما علمت من ثبوت الخلاف فى كل من المسئلتين كما يستفاد هذا ايضا من كلام الهداية والتبيين وما ذكره السيد الحموى على وجه التعليل للتصويب الذى ذكره حيث قال اذ الخلاف انما يتأتى فى المأخوذ القائم خطأ أيضا لانه لا خلاف فى ان القول لها فى القائم وانما الخلاف فى غير القائم وهو المستهلك كما سبق عن العناية (قوله وقال محمد القول للمقر) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له الا اذا كان شيئا قائما بعينه فيضمنه لانه أقر بيدها ثم ادعى التملك عليها وهى تنكر ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له ولا نسلم انه اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهى مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان والغلة هى كل ما يحصل من ريع أرض او كرائها او اجرة غلام ونحو ذلك شيخنا عن المغرب ثم رأيت بخطه ما نصه وليس المراد من الغلة الاكساب بل ما يضرب به المولى على عبده كل شهر من الغلة وهى الضريبة والمولى لا يضمن هذا وان أخذه من عبده المأذون بخلاف الاكساب فان المولى يضمنها اذا أخذها من المديون (قوله على عاقلة الصبى) لانه المباشر عينى (قوله ويرجعون على الآمر بعد العتق) لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية كذا فى الهداية وفى شرح الزيادات للعتابى لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد الا ترى ان العبد اذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقه مولاه فوقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما يجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس فيقتسمونها بالحصص كذا فى الزيلعى وما فى العينى من قوله وقد زال حق العبد بالاعتاق صوابه حق المولى كما فى الزيلعى (قوله لانه لو كان الآمر حرا بالغا الخ) لا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغى أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو سبب فتعقله بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة كذا فى الزيلعى (قوله بالاقل من قيمته) أى قيمة نفس المكاتب الآمر قال الزيلعى لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى وقيمة المكاتب نصف قيمته قنا لانه حر يدا اذ بقيت الرقبة تنزيلا فى الكتابة (قوله ومن الدين) كذا فى نسخ وصوابه ومن الدية كما فى الزيلعى وفى بعض نسخ على الصواب كذا ذكره شيخنا وذكر الشيخ عبد الحى ان المراد بالدين الدية وفيه تأمل اذ لم يتعارف اطلاق الدين على بدل النفس الا ترى انه سبحانه وتعالى سمى الواجب فى قتل المؤمن خطأ دية (قوله أو مكاتبا صغيرا الخ) يخالفه قول الزيلعى ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبى حر تجب الدية على عاقلة

الصبى

فالقول للعبد بالاجماع (وان قال
لها) أى لامرأة معتقة للقائل (قطعت
يدك وأنت أمتى وقالت) الامة كان
(بعد العتق فالقول لها) و يضمن المقر
عندهما وقال محمد رحمه الله القول
للمقر ولا يضمن الا شيئا قائما بعينه
فانه يؤمر برده الى المقر لها (وكذا كل
ما أخذ المولى منها) القول قولها
(الا الجماع والغلة) أى اذا قال المولى
لمعتقته وطئتك أو أخذت منك كذا
من الغلة وأنت أمتى وقالت لا بل
فعلت ذلك بعد العتق فالقول للمولى
ولا يضمن شيئا بالاتفاق (عبد محجور
أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله) مطلقا
سواء كان عمدا أو خطأ (فديته على
عاقلة الصبى) ويرجعون على الآمر
بعد العتق قيد بالعبد لانه لو كان
الآمر حرا بالغا ترجع عاقلة الصبى
على عاقلة الآمر وبالمحجور لانه
لو كان مكاتبا بالغا ترجع عاقلة الصبى
عليه بالاقل من قيمته ومن الدية وان
كان الآمر عبدا أو مكاتبا صغيرا

الصبى وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية الخ (قوله لا رجوع على الصبى الآمر) لقصور أهليته درر (قوله وان كان الآمر عبدا مأذونا الخ) عبارة عزمى عن غاية البيان لو كان العبد الآمر مأذونا يجب عليه قيمة المأمور حالا انتهى (قوله خوطب سيد القاتل بالدفع او الفداء) وايهما اختار يرجع بالاقل على الآمر فى ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر وضمان الغصب فى ماله لا على العاقلة بخلاف الاول لان ذلك ضمان جناية لكون المأمور حرا لا يتصور فيه الغصب فيكون على العاقلة كما فى الزيلعى (قوله ولا رجوع له على الاول فى الحال) لان الامر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به فى الحال (قوله ويجب ان يرجع بعد العتق) لزوال المانع وهو حق المولى قيل ينبغى ان لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والآمر ما أوقعه فى هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا قال الزيلعى وعلى قياس ما ذكره العتابى يعنى فى شرح الزيادات كما سبق لا يجب عليه شئ لما بينا (قوله بالاقل من الفداء وقيمة العبد) لانه مختار فى دفع الزيادة لا مضطر كذا فى الهداية وفسره فى النهاية بقوله أى لا ضرورة له فى اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء وقيمة العبد لانه أتلف بأمره ما هو الاقل منهما انتهى ولعله يبتنى على ان الضمير فى لانه يرجع للعبد الآمر كما قيل والمفهوم من بعض شروح الهداية رجوعه لمولى العبد والى هذا يشير ما نقل به بعضهم حيث قال لان القيمة اذا كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر الى اعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد يعنى لو كان مولى العبد القاتل حين أمر بالدفع او الفداء اختار الفداء أعنى اعطاء الدية لا يقدح فى الرجوع بالاقل من القيمة والفداء بعد العتق لانه غير مضطر فى ذلك كيف ومنشأ ما فعله هو عدم الرضا بدفع العبد فلزمته الزيادة باختياره قال العلامة عزمى لعل ذكر الكلام المذكور بصورة التعليل يرجح الاحتمال الثانى وان كان عامة شروح الهداية على الجزم بالاحتمال الاول الخ (قوله والعبد القاتل صغير) لان عمد الصبى خطأ درر (قوله فان كان كبيرا يجب القصاص) لانه يجرى بين الحر والعبد (قوله ولو كانا مكاتبين يجب الضمان على القاتل) أى ضمان قيمة نفسه كما فى الزيلعى وبه صرح المصنف سابقا بقوله اول الباب والأى وان لم يكن الجانى محلا للدفع كما لو كان مكاتبا فالواجب قيمة واحدة كذا بخط شيخنا (قوله ولا يرجع على الآمر) لانه تعذر هنا أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان او كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا لانه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما وان كان صغيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا كذا فى الزيلعى وذكر قبله انه اذا كان المأمور حرا عاقلا بالغا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يأثم هو أيضا بأمر مثله بخلاف ما اذا كان المأمور صغيرا حيث ترجع عاقلته على الآمر لانه المسبب اذ لولا أمره لما قتل لضعف فيه واعلم ان التشبيه فى قوله فصار كالحر البالغ العاقل بالنسبة لعدم الرجوع على الآمر والا فبين المكاتب والحر فرق من وجهين الاول ان الضمان فيما اذا كان المأمور مكاتبا عليه هو وفيما اذا كان حرا على العاقلة الثانى ان المضمون فيما اذا كان مكاتبا قيمة نفسه كما تقدم التصريح به عن الزيلعى والمصنف وفيما اذا كان حرا هو الدية وبهذا التقرير تعلم ما فى كلام بعضهم من الايهام حيث قال مثل المكاتبين الحران العاقلان البالغان فتدبر (قوله ولو كانا مأذونين الخ) عبارة الزيلعى وان كان الآمر عبدا مأذونا له فى التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل يرجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدى الى تملك المضمون باداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر فى الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب فى الحر ولو كان الآمر صبيا حرا مأذونا له فى التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق

لا رجوع على الصبى الآمر أبدا وان
كان الآمر عبدا مأذونا يرجعون
عليه بعد العتق (وكذا ان أمر عبدا)
محجورا فخوطب سيد القاتل بالدفع
أو الفداء ولا رجوع له على الاول
فى الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
بالاقل من الفداء وقيمة العبد هذا
اذا كان القتل خطأ او عمدا والعبد
القاتل صغير فان كان كبيرا يجب
القصاص ولو كانا مكاتبين يجب
الضمان على القاتل ولا يرجع على
الآمر ولو كانا مأذونين

الغصب فيه و يكون ذلك فى ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية بل ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المأمور حر العدم تحقق الغصب فيه الخ لكن قوله وأيهما فعل يرجع على العبد المأذون له يوهم انه يرجع بما ضمن وليس كذلك بل بالاقل كما ذكره الشارح (قوله رجع بالاقل) أى الذى هو قيمة عبده المأمور أو الارش فى الحال على الآمر بعد دفعه أو فدائه كذا بخط شيخنا (قوله أو فداه بالدية الكاملة) لان بذلك العفو سقط القصاص فى الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاصان وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيتخير المولى بينهما عينى (قوله وان قتل عبد أحدهما عمدا والآخر خطأ) كان الظاهر ذكر العبد معرفا كما فعل العينى (قوله فدى بالدية لولى الخطا و بنصفها الخ) لان ولى الخطا حقهما فى الدية عشرة آلاف درهم وحق ولى العمد فى القصاص فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف فاذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولى الخطا وخمسة آلاف لغير العافى من ولى العمد زيلعى (قوله اثلاثا) أى بطريق العول فيضرب وليا الخطا بالكل و يضرب أحد ولى العمد بالنصف لان حقه فى النصف وحقهما فى الكل فصار كل نصف سهما فصار حق ولى الخطا فى سهمين وحق غير العافى فى سهم كذا فى الدرفيكون ثلثاه لولى الخطا وثلثه لغير العافى من ولى العمد حموى عن المفتاح (قوله وعندهما ارباعا) أى بطريق المنازعة لان نصفه سلم لولى الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم فى النصف الآخر فيتنصف عينى فيكون ثلاثة الارباع لولى الخطا وربعه لاحد ولى العمد حموى عن المفتاح (قوله عبدهما قتل الخ) كذا اذا كان العبد لقريبهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل كما فى الزيلعى (قوله ولا يلزمه شئ) اى ولا يلزم العافى شئ عند أبى حنيفة لان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا تخلفه الورثة (قوله وعندهما يدفع العافى الخ) لان حق القصاص لهما على الشيوع فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا غير انه شائع فى كل العبد فيكون نصفه فى نصيبه فيسقط ونصفه فى نصيب صاحبه وهو نصف النصف وهو الربع فيدفعه او يفديه بربع الدية وله ان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطا وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو فى معناه عينى (قوله وذكر فى بعض النسخ الخ) مقتضى التعبير بالبعض انه فى اكثر النسخ مع ابى يوسف كما فى الهداية

(فصل فى المتفرقات) لما فرغ من احكام جناية العبد على غيره شرع فى احكام الجناية عليه لان الفاعل مقدم على المفعول وجودا نوح افندى عن الاتقانى (قوله تجب قيمته) وتكون على العاقلة فى ثلاث سنين خلافا لابى يوسف كذا فى الدر واقول هذا على ما روى اصحاب الاملاء لابى يوسف وروى محمد عنه انه قال قيمته على عاقلته كما فى حاشية الشلبى عن الاتقانى معزيا للطحاوى والحاصل انه على رواية اصحاب الاملاء عن ابى يوسف لا تحمل العاقلة منها شيئا بل تكون على الجانى عزمى (قوله او اكثر) معناه ان ينقص عشرة ان كانت قيمته عشرة آلاف فقط او اكثر ان زادت على عشرة آلاف فينقص عشرة مع تنقيص الاكثر كذا بخط شيخنا (قوله فيقضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة) اشعارا بانحطاط درجة الرقيق عن الحر وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر فى المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان آدميته انقص فيكون بدلها أقل كالمرأة والجنين وما فى الدرر والهداية من قوله وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس صوابه ابن مسعود كما فى الزيلعى كذا ذكره شيخنا قلت و يؤيد هذا التصويب ما ذكره الشلبى فى حاشية الزيلعى نقلا عن

رجع بالاقل (عبد) مأذون (قتل
رجلين عمدا ولكل) واحد من المقتولين
(وليان فعفا أحد وليي كل) واحد
(منهما دفع سيده نصفه الى الآخرين)
وهما الوليان اللذان لم يعفوا (أو فداه)
أي نصف العبد (بالدية) وهي
عشرة آلاف درهم فيكون بينهما
نصفين (وان قتل) عبد (أحدهما
عمدا و) الرجل (الآخر خطأ) ولكل
واحد من المقتولين وليان (فعفا
أحد ولي العمد) فالولي بالخيار
ان شاء (فدى بالدية لولي الخطا
بنصفها) وهو خمسة آلاف (لاحد
ولي العمد) الذي لم يعف (أو دفعه
اليهم أثلاثا) ثلثاه لولي الخطا
وثلثه للذي لم يعف من ولي العمد
عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لولي
الخطا وربعه لاحد ولي العمد
(عبدهما قتل) عمدا (قريبهما
فعفا أحدهما) عن العبد (بطل
الكل) أي كل الدم ولا يلزمه شئ
عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يدفع العافي نصف نصيبه الى الآخر
أو يفديه بربع الدية وذكر في بعض
النسخ قول محمد مع أبي حنيفة رحمهما
الله

(فصل) في المتفرقات (قتل
عبد) قتلا (خطأ تجب قيمته و) لكن
(نقص عشرة لو كانت) قيمته (عشرة
آلاف أو أكثر) منها أي لو كانت
قيمته عشرة آلاف أو أكثر منها
فيقضى له بعشرة آلاف درهم الا
عشرة دراهم (وفي الامة) اذا زادت
قيمتها على الدية نقص (عشرة من
خمسة آلاف) هذا في أظهر الروايتين

الاتقانى معزيا للكرخى ونصه روى ان العبد لا يبلغ به دية الحر عن عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبى وعطاء ورواه محمد عن سعيد بن المسيب وروى عن على وابن عمر وابن عباس فيه القيمة بالغا ما بلغ الخ وانظر اذا كانت قيمة العبد أقل من عشرة آلاف درهم أو درهمين هل يجب كلها أو ينتقص منها الى تمام العشرة لم أره والظاهر الاول لان لزوم التنقيص للفرار من التسوية بين الكامل والناقص وهى منتفية (قوله وفى رواية ينقص خمسة) لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر والاول أظهر لان أقل مال له خطر فى الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر زيلعى (قوله وقال أبو يوسف والشافعى تجب قيمته بالغة ما بلغت) لما روى عن عمر وعلى وابن عمر رضى الله عنهم انهم أوجبوا فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان باعتبار ماليته لا آدميته ولهذا تجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية فصار كسائر الاموال ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يعدل عنه وللامام ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة وجه الاستدلال انه تعالى سمى الواجب فى قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن قتل خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمى لا بمقابلة المال وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الآية ان العبد مضمون بمقابلة الآدمية ولا يزاد على تقدير الشرع فى الدية وينقص عنها باثر عبد الله بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين الكامل والناقص والدليل على ان معنى الآدمية راجح فيه ان اكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالاجماع من حيث الآدمية فاقتضى ان يكون مضمونا من حيث انه آدمى ولهذا أوجب القصاص بقتله بالاجماع مطلقا على قول أبى يوسف وفيما اذا كان القاتل عبدا على قول الشافعى فلولا انه آدمى لما أوجب القصاص غاية الامر ان يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا وما رويا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود وهو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال زيلعى وشلبى (قوله وقيمته عشرون ألفا) وما فى الدرر من قوله قيمته مائة دينار تعقبه فى الشرنبلالية بأنه لا يناسب المقام اذ لا يظهر به التفاوت بين الجناية والغصب والذى ينبغى ان يقال قيمته ألف دينار او اكثر لتبلغ القيمة دية الحر انتهى (قوله بالاجماع) لان الغصب يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال فيجب بالغا ما بلغ (قوله وما قدر من دية الحر الخ) يعنى اذا وجب فى الحر كل الدية يجب فى العبد كل القيمة واذا وجب فى الحر نصف الدية يجب فى العبد نصف القيمة حموى عن المفتاح وفيه ان هذا لا يتمشى على اطلاقه بالنسبة لمذهب الامام ومحمد الا اذا لم تبلغ قيمة العبد قدر الدية (قوله لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر) والضمير فى قول العينى اذ هو بدل الدم يرجع للقيمة قال شيخنا والتذكير بالنظر للخبر (قوله ففى قطع يده الخ) قال فى الشرنبلالية انما مثل باليد ليخرج ما لو حلق لحيته اذ لا يلزم بحلقها غير حكومة عدل على الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبى حنيفة وجوب كمال القيمة لان الجمال فى حقه مقصود أيضا كما فى التبيين وقال فى المحيط نقلا عن العيون روى الحسن عن أبى حنيفة فى رجل قطع أذنى عبد او أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه وروى محمد عن أبى حنيفة ان عليه للمولى قيمة تامة ان دفع اليه العبد وانما قيد المصنف بقطع يد واحدة لانه لو قطع يدى عبد فالسيد اما ان يدفع العبد ويضمن القاطع كل القيمة او يمسكه ولا شئ على القاطع كما فى فتح عينه عند أبى حنيفة خلافا لهما كما فى المحيط انتهى (قوله فى الصحيح) من الجواب حكاه العينى بقيل معللا بأن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهو قول مالك واحمد فى رواية الا فى الآمة والجائفة والمنقلة والموضحة فيقدر فيها ما يقدر فى دية الحر قال وهذا أمر شنيع لانه اذا كانت قيمته ثلاثمائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة انتهى ووجه كونه شنيعا انه يؤدى الى أن يكون الواجب بقطع طرف العبد

وفى رواية ينقص خمسة وهذا عندهما وقال أبو يوسف والشافعى تجب قيمته بالغة ما بلغت (وفى الغصوب) أى لو غصب عبدا أو أمة وقيمته عشرون ألفا فهلك فى يد الغاصب (تجب قيمته بالغة ما بلغت) بالاجماع (و) الاصل ان كل (ما قدر) من دية الحر قدر من قيمته) لان القيمة فى العبد كالدية فى الحر (ففى) قطع (يده نصف قيمته) بالغة ما بلغت فى الصحيح من الجواب الا فى رواية عن محمد رحمه الله

دوق ما يجب بقتله وقوله فيقدر فيها ما يقدر فى دية الحر ففى موضحة الحر نصف عشر الدية وفى موضحة العبد نصف عشر القيمة الا نصف درهم وباقى البيان يطلب من شروح الهداية (قوله يجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف الا خمسة) لا يخفى ما فيه من الايهام ولو قال يجب فى قطع يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة كما فى العينى لكان أولى (قوله كذا فى المبسوط) وبه جزم فى الملتقى كما فى الدر قلت وجزم به فى الهداية أيضا وعزاه فى الشرنبلالية للكافى والبرهان بل ذكر عزمى زاده انه المذكور فى عامة الكتب (قوله قطع يد عبد فحرره سيده الخ) اعلم ان قطع يد العبد لا يخلو اما أن يكون عمدا او خطأ وكل وجه على وجهين اما أن يكون للعبد وارث غير السيد أو لم يكن فان كان القطع عمدا او وارثه غيره فالاعتاق يقطع السراية اجماعا ولا يجب القصاص وان لم يكن له ورثة لا يقطع السراية عندهما خلافا لمحمد وان كان القطع خطأ فالاعتاق يقطع السراية اجماعا سواء كان له وارث أم لا ولا تجب القيمة والدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع حموى عن المفتاح (قوله لا يقتص منه بالاجماع) لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فسقط القصاص ووجب ارش اليد للولى وضمان النقصان الذى حصل بالقطع الى أن اعتقه لانه نقصان حصل عن جناية مضمونة وسقط الفضل بالاعتاق لانه أخرجه عن ملكه فبطل حكم السراية حموى عن البناية (قوله وقال محمد لا قصاص) لاختلاف سبب الولاية لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فتمكنت الشبهة فسقط القصاص ولهما التيقن بثبوت الولاية للولى فيستوفيه لان المقضى له معلوم والحكم متحد بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول عينى مع هداية (قوله قال احدكما حر) أى لو قال السيد لعبديه فحذف حرف الشرط للاختصار ودلالة الجواب عليه حموى عن المفتاح (قوله فارشهما للسيد) لان البيان اظهار من وجه وانشاء من وجه وبعد الشجة بقى محلا فاعتبر انشاء فكأنه اعتق وقت البيان كذا فى شرح الملتقى وعلله الزيلعى تبعا للهداية بأن العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (قوله ولو قتلهما بعد التعيين تجب دية حر وقيمة عبد) فالقيمة للسيد والدية للورثة ولا فرق فى هذا بين ما لو قتلا معا او على التعاقب اتحدت قيمتهما او اختلفت والتفصيل انما هو فى قتلهما قبل التعيين الى هذا اشار شيخنا مستدلا بقول الزيلعى فاذا قتلهما رجل واحد معا واحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية يعنى لكونه قبل التعيين وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثانى لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول فتنبه لما فى قول الشارح ولو قتلا قبل التعيين الخ من الايهام فان وضع هذه المسئلة اختلاف القاتل بأن قتل كل واحد منهما رجل معا كما فى الزيلعى (قوله يجب دية حر وقيمة عبد) قال شيخنا الاظهر تعريف الحر والعبد ويكون كل من القيمة والدية نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وما فى الشرنبلالية عن الزيلعى من قوله ويكون كل من القيمتين بالتثنية كذا بخطه وليس هذا لفظ الزيلعى وصوابه افراد القيمة انتهى (قوله ولو قتلا قبل التعيين الخ) أى وكان القاتل رجلين معا فلو كان القاتل لهما رجلين متعاقبا فعلى القاتل الاول قيمته لمولاه وعلى الثانى دية الثانى لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لا يدرى أيهما قتل اولا فعلى كل واحد منهما قيمة وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية احدهما بالتقديم زيلعى (قوله قيمة المملوكين) لم يبين ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق فى حق المولى ثابت فى احدهما عناية (قوله ولا يأخذ النقصان عند ابى حنيفة) له ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات أى فى ذات العبد فالآدمية

انه يجب فى قطع يد العبد خمسة آلاف
الا خمسة كذا فى المبسوط (قطع
رجل (يد عبد) عمدا (فحرره سيده
فمات) العبد (منه وله) أى للعبد
المذكور (ورثة غيره) أى غير السيد
(لا يقتص) منه بالاجماع (والا) أى
وان لم يكن للعبد ورثة أى غير السيد
(اقتص منه) عندهما وقال محمد
لا قصاص فى ذلك وعلى القاطع ارش
اليد وما نقصه القطع الى ان أعتقه
ويبطل الفضل (قال) المولى لعبديه
(أحدكما حر) ولم يعين (فشجا فبين)
العتق فى أحدهما (فارشهما للسيد)
ولو قتلهما بعد التعيين تجب دية حر
وقيمة عبد ولو قتلا قبل التعيين تجب
قيمة المملوكين ومن (فقأ عينى
عبد) فمولاه بالخيار ان شاء (دفع سيده
عبده) المفقوء الى الفاقئ (وأخذ قيمته
أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) عند
أبى حنيفة

غير مهدرة فيهما وفى الاطراف أيضا ولهذا لو قطع عبد يد عبد يؤمر المولى بالدفع او الفداء ولو كان العبد القاطع مالا محضا لوجب أن يباع فيها ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الاجزاء يعنى الاجزاء الفائتة والقائمة بل يكون بازاء الفائتة لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم و يتملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعتبارا للآدمية و يتملك الجثة اعتبارا للمالية درر مع شرنبلالية ومنه تعلم ما فى العينى من الايهام ولو اتى بالظاهر مكان الضمير فى قوله ومن أحكامها أن ينقسم بأن قال ومن أحكام المالية كما فى الزيلعى لاستقام كلامه (قوله وقالا ان شاء أخذ قيمته الخ) لان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وللامام ما سبق هداية (قوله وقال الشافعى يمسكه الخ) لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقى الباقى على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لان قصر اعتبار المالية فى الذات دون الاطراف ساقط بل المالية تعتبر فى الاطراف أيضا بل أولى لانها يسلك بها مسلك الاموال واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عينى حر او مدبر لان الحر ليس فيه معنى المالية والمدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفق ء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة زيلعى مع هداية (قوله وفى فق ء عينى حر الخ) بيان لمحترز قول المصنف فقأ عينى عبد حموى (قوله و يبقى الباقى على ملكه) أى الباقى بعد الفائت يبقى على ملك السيد ولا تكون الجثة مشتركة بينهما لان الفائت هو النصف والباقى هو النصف ولم يوجد تفويت جنس المنفعة فلم يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد بخلاف ما اذا فقأ عينيه حيث يجب تسليم الجثة الى الجانى لوجوب القيمة بتفويت جنس المنفعة لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد حموى (قوله ضمن السيد الاقل الخ) لان المولى صار مانعا بالتدبير والاستيلاد بتسليمه فى الجناية من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل لانه لا حق لولى الجناية فى أكثر من الارش ولا منع من المولى فى أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد فى جنس واحد لاختياره الاقل كذا فى العينى واحترز بقوله فى جنس واحد عما لو كان الجانى قنا حيث يتخير بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس (قوله وهى للثانية) أى لولى الجناية الثانية حموى (قوله شارك الثانى الاول) لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة عينى ولا شئ على المولى لانه مجبور على الدفع درر (قوله اتبع السيد) لانه ليس بمجبور فى الدفع فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما دفع للثانى لانه قبضه بغير حق عينى (قوله وقالا لا شئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء وله ان المولى جان بدفع حق ولى الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيخير الخ الهداية

(باب غصب العبد والمدبر والصبى وام الولد والجناية فى ذلك)

أى فيما ذكر من العبد والمدبر والصبى عينى وكان الاولى أن يقول والجناية على ذلك حموى لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم انجر كلامه الى غصب الصبى شلبى واعلم ان ذكر ام الولد فى الترجمة لا يناسب لانه لم يذكر شيئا من أحكامها (قوله برئ الغاصب) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية

وقالا ان شاء أخذ قيمته واعطاه رقبته وان شاء أمسكه وضمنه ما نقصه وقال الشافعى يمسكه ويأخذ كل القيمة وفى فق ء عينى حر يأخذ كل الدية وفى قطع احدى يدى العبد أو فق ء احدى عينيه يضمن نصف القيمة ويبقى الباقى على ملكه (جنى مدبر او أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة) أى قيمة الجانى (ومن الارش) ولا يلزمه الا قيمة واحدة وان كثرت الجناية ولكن القيمة مشتركة بين اولياء الجناية بقدر الحصص ويعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم فى حال الجناية عليه ولا يعتبر قيمته يوم التدبير حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفا وخمسمائة ثم قتل آخر خطأ فلا حق لولى الجناية الاولى فى هذه الزيادة وهى لولى الثانية (فان دفع) المولى (القيمة) الى ولى الجناية (بقضاء فجنى) الجانى جناية (أخرى شارك الثانى الاول) فى القيمة المدفوعة (ولو) دفع (بغير قضاء) فالثانى بالخيار ان شاء (اتبع السيد او) اتبع (ولى الجناية) عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ على المولى ويتبع الاول سواء كان بقضاء أو بغير قضاء

(باب غصب العبد والمدبر والصبى) وأم الولد (والجناية فى ذلك) رجل (قطع يد عبده فغصبه) بعد القطع (رجل ومات) العبد (منه) أى بسبب القطع فى يد الغاصب (ضمن) الغاصب (قيمته) حال كون العبد (أقطع وان قطع) المولى (يده فى يد الغاصب فمات) العبد (منه برئ) الغاصب من الضمان (غصب) عبد (محجور مثله) أى عبدا محجورا (فمات فى يده) أى فى يد الغاصب (ضمن) الغاصب قيمته

ولكن يؤدى بعد العتق (مدبر جنى عند غاصبه ثم) رده الى المولى فجنى (عند سيده) جناية أخرى (ضمن المولى (قيمته لهما) اى فعلى المولى قيمة المدبر بين ولى الجنايتين نصفين (و) لكن (رجع) المولى بعدما ادى قيمته لهما (بنصف قيمته على الغاصب ودفع) المولى ما اخذه (الى) ولى الجناية الاولى ثم رجع) المولى (به) اى بهذا النصف المؤدى (على الغاصب) مرة أخرى وهذا عندهما وقال محمد رجع بنصف قيمته فيسلم له ولا يدفعه الى الاول فلا يرجع به على الغاصب (وبعكسه لا يرجع به ثانيا) يعنى اذا جنى عند المولى اولا ثم جنى عند الغاصب غرم المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب فيدفع الى ولى الجناية الاولى فلا يرجع به على الغاصب في قولهم (والقن كالمدبر) فى جميع ماذكرنا فى المسئلتين حكما وخلافا (غيران المولى يدفع العبد) الجانى (هنا وثم) اى فى مسئلة المدبر يدفع القيمة مدبر جنى عند غاصبه فرد) اى المدبر على المولى (فغصبه) ثانيا (فجنى) جناية أخرى عنده فيجب (على سيده قيمته لهما) أى لولى الجنايتين نصفين (ورجع) المولى (بقيمته على الغاصب ودفع) المولى (نصفها) أى نصف قيمة المدبر (الى) ولى الجناية (الاولى ورجع بذلك النصف على الغاصب) مرة أخرى ولا يدفع الى احد ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق (غصب صبيا حرا) لا يعبر عن نفسه (فمات فى يده

فتجب قيمته اقطع الاترى انه لو باعه بعدما قطع يده فمات فى يد المشترى فانه يموت من مال المشترى لان قبض المشترى صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذا هذا ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فصار المولى بقطع يده مستردا فيبرأ الغاصب عن الضمان شلبى مع هداية وفيه كلام يعلم بمراجعة شرح الحموى (قوله ولكن يؤدى بعد العتق) لان الفرض ثبوته بالاقرار حتى لو ثبت بالبينة يباع فيه للحال درر وحموى عن البناية (قوله مدبر جنى الخ) بخلاف اقراره بجناية الخطأ فانه لا يؤاخذ بها أصلا لما ان الموجب وهو الدفع او الفداء على مولاه واقراره على مولاه لا ينفذ كذا بخط شيخنا وأما المكاتب اذا أقر بجناية خطأ فانها تلزمه فى كسبه كذا بخطه ايضا (قوله ضمن المولى قيمته لهما) لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا للفداء وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب عينى (قوله ولكن رجع المولى بعدما ادى قيمته اليهما الخ) لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب كان عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب كان عند الغاصب كلا رد درر (قوله ودفع المولى ما أخذه الى ولى الجناية الاولى) لان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه احد (قوله ثم رجع به على الغاصب مرة أخرى) فيكون الرجوع على الغاصب مرتين ومن هنا يعلم مافى الدرر من القصور حيث لم يتعرض لذكر الرجوع على الغاصب مرة ثانية كذا نبه عليه شيخنا (قوله وقال محمد الى قوله ولا يدفع الى الاول الخ) لان الذى رجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه لئلا يجتمع البدلان فى ملك شخص واحد ولهما ان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه احد كما سبق فيستحق كلها وانما ينتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه منه ليتم حقه كما فى الدرر (قوله وبعكسه لا يرجع به ثانيا) لان الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى ثانيا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على احد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولى الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا عينى واعلم ان ظاهر كلام الدرر يعطى عدم الرجوع أصلا حيث قال وبعكسه لا يرجع ولهذا قال شيخنا أى لا يرجع المولى ثانيا بل يرجع مرة واحدة وقال فى الشرنبلالية ليس المراد نفى الرجوع مطلقا بل المراد انه لا يرجع عليه بنصف ثانيا مثل الصورة المتقدمة الخ (قوله ورجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب واستحق كله بسبب كان فى يده فيرجع عليه بالكل بخلاف ما تقدم فان فيه استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان فى يد المالك فيرجع عليه بالنصف لذلك عينى (قوله ودفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد كذا فى الهداية واعترض بأن الثانية مقارنة للاولى فكيف يستحق الاول جميع القيمة والجواب كما فى الاكمل ان المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بغير مانع (قوله ورجع بذلك النصف على الغاصب مرة أخرى) أى رجع بالنصف الذى دفعه ثانيا لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب كما فى العينى فيرجع به عليه (قوله ولا يدفع الى احد) لان ولى الجناية الاولى استوفى حقه وولى الثانية لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه عينى (قوله على الاختلاف) يعنى قال بعض المشايخ فى هذه المسئلة خلاف محمد كما فى المسئلة الاولى حتى سلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى ما بقى من حقه وقيل على الاتفاق و يأخذ ولى الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه

المسئلة

المسئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير كذا فى العناية والفرق لمحمد حيث خالف فى السابقة ولم يخالف فى هذه ماذكره فى الهداية من ان فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما فى هذه المسئلة يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ماذكرناه انتهى وقوله يجعل عوضا عن الجناية الثانية أى عما أخذه ولى الجناية الثانية شلبى عن قارى الهداية (قوله فجاءة) بالضم والمد كما فى الصحاح وفى لغة بوزن تمرة كما فى المصباح أى بغتة كذا بخط شيخنا (قوله محمى) غير منصرف لالف التأنيث حموى (قوله بالشين المعجمة) وبالمهملة حموى عن البيانية للاتقانى (قوله والقياس أن لا يضمن فى الوجهين) لان الغصب فى الحر لا يتحقق وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب بل بالاتلاف تسببا بنقله الى مكان الصواعق والحيات بخلاف نحو الحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض تجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا كما فى الدر عن الهداية ولو نقل الحر الكبير لهذه الاماكن تعديا بأن قيده حتى اعجزه بذلك عن حفظ نفسه ضمن وان لم يمنعه عن حفظ نفسه لا يضمن لانه بتقصيره وحكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد كما فى الدر أيضا عن العناية واستشكله العلامة المقدسى بقولهم لو كتف شخصا وقيده والقاه فأكله السبع لا قصاص ولا دية ولكن يعزر ويحبس حتى يموت وعن الامام ان عليه الدية ولو قمط صبيا والقاه فى الشمس او البرد حتى مات فعلى عاقلته الدية كذا فى الحافظية فليتأمل ولعل القول بالضمان فى الحر الكبير المقيد محمول على تلك الرواية (قوله وان كان مكاتبا صغيرا الخ) لكونه حرا يدا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه بخلاف الحر الصغير حيث يزوجه وليه فكان المكاتب ولو صغيرا كالحر الكبير والحر الكبير فى يد نفسه (قوله او كان يعبر عن نفسه) لانه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما شرنبلالية عن البرهان (قوله وقع مجازا) فيكون ذكر الغصب فى هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو ان يذكر الشئ بلفظ غيره لوقوعه فى صحبته عناية (قوله كصبى اودع عبدا فقتله) عمدا او خطأ لان عمد الصبى وخطأه سواء واعلم ان اودع مبنى للمجهول وعبدا مفعول الثانى أى كصبى اودعه رجل عبده وانى أفندى والتشبيه بالنظر الى أصل الضمان على العاقلة لان الواجب فى مسئلة العبد القيمة كما نص عليه الشارح وعزى فى الشرنبلالية للكافى انه قال مافى الهداية من قوله فعلى عاقلته الدية يحتمل انه أراد القيمة وانما أثر لفظ الدية لانها بازاء الآدمية والقيمة بازاء المالية والواجب فى العبد بازاء آدميته (قوله وان اودع طعاما) بلا اذن وليه ولم يكن مأذونا له فى التجارة كما سيأتى فى الشارح (قوله وقال ابو يوسف والشافعى يضمن) لانه اتلف مالا معصوما ولهما ان غير العبد معصوم لحق المالك وقد فوته لدفعه الى يد الصبى وأما العبد فعصمته لحقه لبقائه على أصل الحرية فى حق الدم قال شيخنا وفيه تصريح بأن العبد المحجور عليه الصغير اذا اودع عنده رجل عبدا فقتله فالواجب فيه قيمته يدفع بها او يفدى انتهى (قوله حتى لا يضمن غير العاقل بالاجماع) صوابه يضمن باسقاط لا وانما ضمن بالاجماع لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر حموى وأقول ذكر فى الدر مانصه وهذا كله لو كان الصبى عاقلا والا فلا يضمن بالاجماع وتمامه فى العناية والشرنبلالية عن الشلبى ومسكين على خلاف مافى الملتقى والهداية والزيلعى فليحفظ انتهى ومنه يعلم سقوط ماذكره السيد الحموى من التصويب (قوله وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه الخ) هذا هو محل قول المصنف فيما سبق وان اودع طعاما فأكله لم يضمن

(باب القسامة)

فجاءة أو بحمى لم يضمن) الغاصب (وان مات) ذلك الصبى (بصاعقة او نهش حية) نهشه بالشين المعجمة الكلب أى عضه بأن قبض على لحمه ومده بالفم كذا فى المغرب (فديته على عاقلة الغاصب) استحسانا والقياس ان لا يضمن فى الوجهين وهو قول زفر والشافعى وان كان مكاتبا صغيرا او كان يعبر عن نفسه لا يضمن ثم ذكر الغصب فى حق الحر وقع مجازا عن الذهاب بالصبى بغير اذن وليه (كصبى أودع) أى تجب الدية على العاقلة كما تجب قيمة العبد على عاقلة الصبى فيما لو اودع (عبدا) عند الصبى (فقتله) الصبى (وان اودع) عند صبى (طعاما فأكله) الصبى (لم يضمن) وهذا عندهما وقال ابو يوسف والشافعى يضمن فى الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان فى الحال ٧ وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة والبيع والتسليم فى العبد والصبى والخلاف فى الصبى العاقل فى الصحيح حتى لا يضمن غير العاقل بالاجماع وذكر فى شرح الطحاوى ومن ودع عند صبى مالا فهلك فى يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبى ينظر ان كان الصبى مأذونا له فى التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه ان قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه فى قولهما لا فى الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن فى الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن فى الحال كذا فى النهاية

(باب القسامة)

لما كان أمر القتل يؤول الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع فى بيانها للحاجة اليها ومن محاسن القسامة خلاص من يتهم بالقتل عن القصاص وصيانة دم المقتول عن الاهدار بايجاب الدية وتعظيم أمر الدما وخطرها بتكرار الايمان وتعيين الخمسين من الايمان ثبت بالاحاديث المشهورة بنهاية (قوله هى اسم بمعنى الاقسام) أى اسم مصدر راعلم ان أهل اللغة اختلفوا فى القسامة فقال بعضهم انها مصدر واختاره ابن الاثير فى نهايته حيث قال القسامة بالفتح اليمين كالقسم ثم قال وقد اقسم قسامة اذا حلف وقال بعضهم اسم مصدر واختاره المطرزى فى المغرب حيث قال القسم اليمين يقال اقسم بالله اقساما وقولهم حكم القاضى بالقسامة اسم منه وضع موضع الاقسام واختار العينى الاول ومسكين الثانى كذاذكره شيخنا ومنه يعلم سقوط ماذكره بعضهم تبعا للسيد الحموى حيث قال وقول العينى هى مصدر اقسم قسامة فيه نظر (قوله هى ايمان تقسم على أهل المحلة) وسببها وجود القتيل وشرطها كون المقسم رجلا عاقلا بالغا حرا وان يكون بالميت أثر وتكميل اليمين خمسين وركنها قول المقسم ماقتلت ولا علمت له قاتلا وحكمها القضاء بالدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان أبوا فى العمد وبالدية عند النكول فى الخطأ شلبى ودرعن ابن الكمال (قوله قتيل وجد الخ) قال فى الشرنبلالية يعنى اذا كان حرا ذكرا كان او أنثى صغيرا او كبيرا مسلما او ذميا عاقلا او مجنونا وأما اذا كان عبدا فتجب القسامة والقيمة اذا وجد فى غير ملك سيده ولا تجب القسامة فى سائر الاموال والبهائم والحق ابو يوسف العبد بالبهيمة وكذا الجواب فى المدبر وام الولد والمكاتب والمأذون لو فى غير دار مولاهم وفيها ليس فيهم شئ الا فى المكاتب والمأذون المديون ففيهما القيمة على المولى لا على عاقلته حالة للغرماء فى المأذون وفى ثلاث سنين فى المكاتب كذا فى البدائع وفى واقعات الناطفى وقيمة العبد تؤخذ فى ثلاث سنين انتهى وفى العيون قال أبو يوسف لا تعقل العاقلة قيمة العبد وروى عنه ان القيمة على العاقلة حموى عن المفتاح (قوله فى محلة) بفتحتين قهستانى (قوله لم يدر قاتله) اذ لو علم كان هو الخصم وتسقط القسامة درر وعلم القاتل اما باقراره أو باقامة المدعى بينة شيخنا (قوله يجوز ان يكون حالا) يعنى لتخصيص النكرة بالصفة وفيه ان مجئ الحال من المبتدأ ضعيف فالاولى جعله حالا من الضمير المستتر فى وجد (قوله حلف خمسون الخ) سواء كانت الدعوى على جميع أهل المحلة أو على بعض غير معين لان المدعى عليه لا يتميز عن الباقى ولو ادعى على بعض معين عمدا أو خطأ فكذا الجواب واطلاق الكتاب يدل عليه وعن أبى يوسف فى غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولى ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن ابى حنيفة مثله عينى بعد قول المصنف ولا يحلف الولى (قوله يتخيرهم الولى) لان اليمين حقه فيكون التعيين اليه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل وهم الفسقه والشبان اوصالحى اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل درر ولم ار حكم مالو كان القتيل المذكور لا ولى له هل يتخير الامام ام لا حموى (قوله بيان لقوله حلف الخ) فيه شئ فتدبره كذا قيل واجيب بأنه ليس المراد به البيان النحوى اعنى عطف البيان بل البيان اللغوى (قوله هذا على سبيل الحكاية من الجميع واما عند الحلف الخ) لاحتمال انه قتله وحده فيجترى على يمينه بالله ماقتلناه يعنى جميعا ولا ينعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له فان قيل أى فائدة فى قوله ما علمت له قاتلا مع ان شهادة اهل المحلة بالقتل غير مقبولة لانهم يسقطون الضمان عن انفسهم قلنا فائدته تعيين محل الخصومة فان الولى قد يعجز عن تعيينه ويظن غير القاتل قاتلا ويجوز ان تكون الفائدة هى ان يقر الحالف على عبده فيقبل اقراره او يقر على عبد غيره من غير اهل المحلة فيصدقه الولى اى ولى المقتول فيسقط الحكم عن اهل المحلة شيخنا عن شرح مختصر الكرخى للقدورى (قوله فان حلفوا الخ) ومن نكل منهم حبس حتى يحلف أو يقر أو يموت جوعا زيلعى فى كتاب الدعوى وهذا اذا ادعى الولى قتل العمد اما لو ادعى قتل الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول كما فى النهاية (قوله فعلى عاقلة أهل المحلة الدية) اطلقه فعم دعوى

الخطأ

هى اسم بمعنى الاقسام ثم قيل هى ايمان تقسم على اهل المحلة (قتيل وجد فى محلة لم يدر قاتله) يجوز ان يكون حالا أو صفة بعد صفة (حلف) فى محل الرفع بانه خبر قتيل (خمسون رجلا منهم) فى الحال (يتخيرهم الولى بالله) بيان لقوله حلف يعنى يحلفون قائلين بالله (ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية من الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت ولا يحلف بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا كذا فى شرح السيد (فان حلفوا فعلى) عاقلة (اهل المحلة الدية) فى ثلاث سنين

الخطأ والعمد وهذا هو ظاهر الرواية درعن ابن الملك معزيا للمبسوط ومثله في الشرنبلالية آخرا خلافا لما نقله اوّلا عن البرهان حيث قال اذا حلفوا يقضى عليهم بالدية عندنا في دعوى العمد وعلى عاقلتهم في الخطأ الخ ومن هنا يعلم ما في كلام بعضهم (قوله ولا يحلف الولي مطلقا) أي وان وجد اللوث فالاطلاق في مقابلة قوله وقال الشافعي الخ واعلم ان اطلاق قوله ولا يحلف الولي شامل لما لو كان متهما وبه صرح القهستاني معللا بأنه خلاف المشروع (قوله وقال الشافعي اذا كان هناك لوث الخ) واللوث قرينة حالية توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كدم أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل أو جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه درر (قوله استحلف الاولياء خمسين يمينا) فاذا حلف الولي فله القصاص وبه قال مالك واحمد لكن في الجديد اوجب الشافعي الدية لهم ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو اعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وما رووه ضعفه جماعة من اهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بايمان اليهود المتهمين فقالوا حين قال لهم صلى الله عليه وسلم افتبرئكم يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه كيف نرضى بايمانهم وهم مشركون فكأنه عليه الصلاة والسلام قال ان اليهود وان كانوا كفارا اليس عليهم فيما تدعون عليهم غير ايمانهم فكما لا يقبل منكم وان كنتم مسلمين ايمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير ايمانهم عيني قال في الدرر ولان اليمين ليست بحجة لاستحقاق فلس فكيف تكون حجة لاستحقاق نفس لكن قال شيخنا عهد كونها حجة عند الشافعي مع شاهد واحد في دعوى المال وأيضا في اليمين المردودة (قوله وقال الشافعي اذا حلفوا برئوا) فالخلاف مع الشافعي في موضعين أحدهما ان المدّعي لا يحلف عندنا خلافا له والثاني في براءة أهل المحلة باليمين عيني له قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولانه عهد في الشرع ان اليمين مبرئة للمدّعى عليه لا ملزمة كما في سائر الدعاوى ولنا انه صلى الله عليه وسلم جمع بين القسامة والدية في حديث سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم ولنا جمع عمر بينهما وقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس هداية (قوله وان لم يتم العدد الخ) فان كان واحدا حلف خمسين مرة قهستاني (قوله كرر الحلف الخ) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما أمكن ولا يشترط الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص زيلعي (قوله ليتم خمسون برفع) خمسون فاعل يتم وفي القدوري والمختار بالنصب قال الحموي ووجهه بانه منصوب على الحال من فاعل يتم المستتر العائد على العدد المفهوم من المقام لا مفعولا لان يتم قاصر كما يدل على عبارة المصباح حيث قال تم الشئ يتم بالكسر تكملت اجزاؤه وتم الشهر تكملت عدة أيامه ثلاثين فهو تام يعدى بالهمزة والتضعيف يقال أتممته وتممته انتهى ويجوز ان يكون ناقصا بمعنى يصير وخمسين خبره لان الافعال الناقصة لا تنحصر (قوله فلا يجوز له ذلك) اذ لا ضرورة حينئذ حموي (قوله ولا قسامة على صبي ومجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول درر (قوله وامرأة وعبد) لانهما ليسا من أهل النصرة والقسامة على أهلها درر وهذا التعليل جار في الصبي والمجنون أيضا ولما كان فيهما تعليل ظاهر بالاستقلال استغنى عن تعميمه لهما عزمي (قوله لا أثر به) من ضرب أو خنق بفتحتين أو كسر النون عصر الحلق قهستاني (قوله أو يسيل دم الخ) قال في المفتاح جملة أو يسيل عطف على جملة لا أثر به حموي (قوله من أنفه أو فمه أو دبره) اوذكره تنوير لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدلّ به على انه قتيل عيني كذا لو خرج الدم من فرجها قهستاني واعلم ان خروج الدم من هذه المواضع مقيد بما اذا وجد من غير ضرب شرنبلالية عن الخانية وبقي قيد آخر وهو ما اذا خرج الدم من فمه نص عليه في الشرنبلالية أيضا وهو ان يكون نازلا من رأسه فان

(ولا يحلف الولي) مطلقا وقال الشافعي
(اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء
خمسين يمينا وقال زفر القسامة على
عاقلة اهل المحلة فاذا علموا القاتل
اظهروه ولم يحلفوا فاذا حلفوا قضى
على عاقلة اهل المحلة بالدية وقال
الشافعي اذا حلفوا برئوا (وان لم يتم
العدد كرّر الحلف عليهم ليتم خمسون)
يمينا اما اذا كان العدد كاملا فاراد
الولي ان يكرر على احدهم فلا يجوز
له ذلك (ولا قسامة على صبي ومجنون
وامرأة وعبد ولا قسامة ولا دية في ميت
لا اثر به) أي بذلك الميت (او يسيل
دم من انفه او فمه او دبره

كان يعلوا من جوفه يكون قتيلا (قوله بخلاف دم يسيل من عينه وأذنه) لانه لا يخرج عادة الامن شدة الضرب ظاهرا فتجرى عليه أحكامه زيلعى (قوله واذا وجد بدن القتيل) أوا كثر من نصف البدن سواء كان معه رأس أولا درر وصلاة الجنازة فى هذا أى فى وجود بعض الميت تنسحب على هذا الاصل هداية (قوله أو نصف البدن ومعه الرأس) هذا داخل تحت قوله أو أكثر من نصف البدن عزمى (قوله فلاشئ عليهم فيه) لان النص ورد فى البدن وللاكثر حكم الكل والاقل ليس فى معناه فلا يلحق به ولوانا اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد اطرافه فى القرى متفرقة وهو غير معروف زيلعى (قوله وكذا الجنين والسقط) يعنى اذا وجد بهما أثر يكونان كالكبير فيهما القسامة والدية حموى وعطف السقط على الجنين عطف عام على خاص شيخنا (قوله اذا كانا تامى الخلق) لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حياوان كان ناقص الخلق فلاشئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما لم تجب الدية فى عين الصبى وذكره بالظاهر لان الاطراف أقل خطرا من النفس زيلعى (قوله حال كون معها سائق) أشار بهذا الى ان جملة قوله معها سائق حال من دابة والاولى ان تجعل الجملة صفة لان مجئ الحال من النكرة مع قلته وشذوذه مقصور على السماع حموى وهذا اذا كان يسوقها سرا مستخفيا أما اذا ساقها نهارا جهارا فلاشئ عليه شرنبلالية عن الجوهرة وفى التبيين وعن أبى يوسف انه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة التى وجد فيها القتيل لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة انتهى فرع حملوا جنازة ظاهرة فاذا هو قتيل لاشئ فيه حموى عن الرمز والظاهر ان ماسبق عن الشرنبلالية من قوله وهذا اذا كان يسوقها سرا الخ لا يخص السائق فينبغى ان يكون القائد والراكب مثله ويشير اليه ماسبق من الفرع حملوا جنازة ظاهرة الخ (قوله فديته على عاقلته) وان اجتمع السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لانه فى ايديهم دون اهل المحلة فصار كما اذا وجد فى دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها والقسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا الافرق بينهما زيلعى (قوله ولو مرت دابة الخ) التقييد بالدابة اتفاقى در عن القهستانى (قوله بين قريتين) اوسكتين اومحلتين اوقبيلتين قهستانى (قوله فعلى اقربهما القسامة والدية) وان استويا فعليهما هذا اذا كان المكان الذى وجد فيه القتيل مباحا لاملك لاحد ولا يدوالا فعلى ذى الملك واليد والمراد الخصوص ولو لجماعة يحصون ولو لعامة المسلمين فلا قسامة ولا دية على احد كما فى البدائع ويخالفه ما فى التنوير عن وجوبها فى بيت المال والمراد باليد المحقة كما فى الدر فلو اخذ الارض المملوكة ظالم ينبغى ان يكون القتيل فيها هدرا لانه ليس على الغاصب دية ولو وجد فى ارض اودار موقوفة على ارباب معلومة فالقسامة والدية على اربابها وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد فيه والتقييد بكون الموقوف عليهم معلومين ليخرج غير المعلومين كما لو كان وقفا على الفقراء والمساكين فان الدية تكون فى بيت المال على ما استظهره فى منح الغفار بقى ان ماسبق من قوله فعلى اقربهما يشير الى انه اذا وجد بين ارض قريبة وبيوت قريبة كانتا على الاقرب حيث كان صوت اهله يبلغ اليه والافلاشئ على احد قهستانى (قوله اذا كان بحيث يبلغ اهلها الصوت) جزم به قاضيخان كما فى الشرنبلالية ووجهه انه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا كما فى الهداية (قوله وان وجد فى دار انسان) ولو خالية وفارغة قال فى مختصر الملتقطات دار فارغة مغلقة وجد فيها قتيل تجب القسامة والدية على عاقلة رب الدار عند ابى حنيفة ومحمد لان نصرة الدار تجب على من هى فى يده دون الساكن فلا اعتبار للسكنى وجعل ابو يوسف الوجوب على الساكن لانه اخص باليد فاذا لم يكن فصاحب الدار اخص باليد انتهى كذا بخط شيخنا ثم وجوب الدية على عاقلة رب الدار مقيد بما اذا ادعى القتل عليه ولهذا نقل شيخنا عن التتارخانية ما نصه

بخلاف) دم (يسيل من (عينه واذنه) ففيهما القسامة والدية والواو بمعنى او واذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو نصف البدن ومعه الرأس فى محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس اووجد يده اورجله اورأسه فلاشئ عليهم فيه وكذا الجنين والسقط اذا كانا تامى الخلقة وان وجد (قتيل على دابة) حال كونه (معها سائق اوقائد اوراكب فديته على عاقلته) اى السائق اوالقائد اوالراكب دون اهل المحلة (ولو مرت دابة عليها قتيل) ولم يكن معها احد (بين قريتين فعلى اقربهما) القسامة والدية قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهلها الصوت اما اذا كان بحيث لا يبلغهم الصوت فلاشئ عليهم (وان وجد) القتيل (فى دار انسان فعليه) اى فعلى صاحب الدار (القسامة والدية على عاقلته

ادعى ولى القتيل القتل على صاحب الدار تجب الدية والقسامة على صاحب الدار وان ادعى القتل على رجل آخر فلا تجب القسامة والدية على صاحب الدار انتهى معزيا للذخيرة وان وجد قتيلا فى دار نفسه تدى عاقلة ورثته عند ابى حنيفة وعندهما لا شئ فيه وبه يفتى كذا فى الدرر ويخالفه فى الترجيح ماذكره القهستانى حيث ذكر ان ما مشى عليه المصنف من قوله وتدى عاقلة ورثته ان وجد فى دار نفسه هو الاصح وعزاه للمبسوط ثم قال وفيه اشعار بانه قيل بوجوب الدية على عاقلة القتيل وهذا اذا اختلف عاقلة الوارث والقتيل فان اتحدوا عقلوا حتى يقضى من الدية ديون القتيل وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث كما اذا قتل الصبى او المعتوه أباه فانه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثاله كما فى الكفاية الخ وقوله وهذا اذا اختلف عاقلة الوارث والقتيل كما لو كان القتيل من أهل الديوان دون ورثته أو بالعكس وقوله حتى يقضى من الدية ديون القتيل الخ لا وجه بذكره بطريق التفريع على ما اذا اتحدت العاقلة اذ لو قضى بالدية على عاقلة القتيل وان كان خلاف الاصح لا يختلف الحكم (تتمة) وجد المكاتب قتيلا فى دار نفسه لا يجب شئ فى قولهم شيخنا عن الاختيار وفى الخزانة وجد مكاتب قتيلا فى دار نفسه فهو هدر بخلاف الحر ولو فى دار مكاتب فعليه ان يسعى فى الاقل من قيمته ومن الدية حالا ولو وجد قتيل بدار مأذون مديون لا قسامة على المولى ويخير بين دفعه وفدائه ولو فى دار مولاه فعليه قيمته لغرمائه فى ماله ولو وجد الرهن قتيلا بدار الراهن أو المرتهن فالقيمة على رب الدار دون العاقلة حموى (قوله فعلى صاحب الدار القسامة والدية على عاقلته) قال فى البرهان واذا كانت عاقلته حاضرة فى بلده تدخل معه فى القسامة كالدية عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع الى وجوب القسامة عليه كما لو كانوا غيبا وذكر فى النهاية ان فى المسئلة روايتين ووفق بينهما كذا فى الشرنبلالية (قوله وهى أى القسامة والدية الخ) كذا فى الشرنبلالية والدر وفيه نظر لان جعل الدية على أهل الخطة لا يستقيم الا اذا ادّعى الولى القتل عمدا أما اذا ادعاه خطأ كانت الدية على عاقلة اهل الخطة كما اعترف به فى الشرنبلالية حيث قال وينبغى التفصيل كما تقدّم فى المحلة فتجب الدية فى دعوى العمد عليهم وفى الخطا على عاقلتهم انتهى على ان ماذكر من التفصيل خلاف ظاهر الرواية كما قدمناه وظاهر الرواية وجوب الدية على العاقلة مطلقا سواء ادعى القتل خطأ أو عمدا وعن هذا قال السيد الحموى الصواب جعل الضمير فى وهى راجعا للقسامة كما فى شرح العينى لان الدية على عاقلة أهل الخطة انتهى وكذا الشلبى على الزيلعى صرح بأن الدية على عاقلة أهل الخطة ومن هنا تعلم ما فى كلام بعضهم (قوله على أهل الخطة) أى اذا وجد فى محلة فيها أهل الخطة ولو واحدا وفيها المشترى من بعضهم فالقسامة على أهل الخطة دون السكان والمشترين شيخنا (قوله دون السكان) كالمستأجر والمستعير والمرتهن والغاصب شيخنا (قوله والمشترين) والذين يملكون بالهبة أو المهر أو الوصية أو غيره من أسباب الملك قهستانى لانهم اتباع لاهل الخطة فما بقى شئ من الاصل يكون الحكم له دون التبع درر (قوله وهنا فصول) أى مسائل وهذا هو الصواب خلافا لما فى بعض النسخ من قوله وهذا حموى (قوله أحدها الخ) حاصله انه لا دخول للسكان فى القسامة متى وجد أحد من أهل الخطة أو المشترين ولهذا عبر بالملاك لشموله وتنبيها على ان المراد بالمشترين فى كلام المصنف ما هو الاعم مما لو ثبت الملك لهم بالشراء أو بسبب أخر والمراد ان الوجوب على أهل الخطة وحدهم ان وجدوا والا فعلى المشترين بدليل قول المصنف وهى على أهل الخطة الخ وقول الشارح ثانيها انها على اهل الخطة دون المشترين (قوله وقال أبو يوسف الخ) عبارة الدرر وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك ألا ترى ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة لا السكان وأهل خيبر مقرون على أملاكهم انتهى وقوله وان كانوا سكانا يعنى لا ملاكا لكن الصحيح فى الجواب ماذكره نوح أفندى ان قتل عبد الله بن سهل كان قبل فتح خيبر فى زمن الصلح كما وقع فى رواية الجماعة وهى يومئذ صلح انتهى

وهى) اى القسامة والدية (على اهل
الخطة) وهم الذين ملكهم الامام هذه
البقعة بعد الفتح وسموا اهل الخطة
لان الامام قسم بينهم وخط نصيب كل
واحد منهم وعينه (دون السكان
والمشترين) وهنا على فصول احدها
انه لا يدخل السكان فى القسامة مع
الملاك عندهما وقال ابو يوسف
رحمه الله اهل الخطة والمشترون
والسكان سواء وثانيها انها على
اهل الخطة دون المشترين عندهما
وقال ابو يوسف الكل مشتركون
وثالثها هذا (فان لم يبق واحد منهم)
اى من اصحاب الخطة بان باعوا
كلهم

(فعلى المشترين) وعن أبى يوسف انها
تجب على السكان والمشترين (وان
وجد) قتيل (فى دار مشتركة على
التفاوت فهى) أى القسامة والدية
تكون (على) عدد (الرؤس وان بيعت
دار (ولم يقبض) المشترى فوجد فيها
قتيل وليس فى الشراء خيار (فعلى
عاقلة البائع) الدية (وفى الخيار على
عاقلة (ذى اليد) أى اذا كان
فى البيع خيار لاحدهما فهو على
عاقلة ذى اليد وهذا عند أبى حنيفة
رحمه الله وقالا ان لم يكن فى الشراء
خيار فالدية على عاقلة المشترى وان
كان فيه خيار فعلى عاقلة الذى تصير
الدار له (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد
الشهود انها للذى اليد) يعنى اذا
انكرت العاقلة ان تكون الدار له
وقالوا هى وديعة فى يده ذكر فى الجامع
الصغير انه بالاتفاق وذكر فى الايضاح
انه على قولهما وأما عند أبى يوسف
فمجرد السكنى كاف للقسامة والدية
فلا حاجة الى الشهادة بالملك (و)
ان وجد قتيل (فى الفلك) فالدية
والقسامة (على من فيها من الركاب)
جمع راكب (والملاحين) ومن عدها
مطلقا سواء كان مالكا أو غير مالك
وكذا العجلة (و) ان وجد قتيل (فى
مسجد محلة) فالقسامة والدية (على
أهلها) انما قيد بالمحلة لانه لو كان
المسجد للغرباء بأن يصلى فيه الغرباء
فالقسامة والدية على بانيه كذا
فى الحواشى نقلا عن الشرح (وفى)
المسجد (الجامع وفى الشارع
لاقسامة) فيه (والدية) تكون
(على بيت المال) وكذا الجسور
للعامة ولو وجد فى سوق ان كان
مملوكا فعند أبى يوسف تجب على
السكان وعندهما تجب على المالك

قال شيخنا فيكانوا ملاكا واعلم ان صاحب الدرر انما ذكر الضمير العائد على القسامة فى قوله وهو عليهم جمعا لتأولهما بالحلف وما فى الشرنبلالية من انه ذكر الضمير باعتبار اليمين تعقبه شيخنا بأن اليمين مؤنثة أيضا (قوله فعلى المشترين بالاجماع) لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند أبى يوسف خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم عينى وفى دعوى الاجماع نظر لما فى الشارح من قوله وعن ابى يوسف انها تجب على السكان والمشترين (قوله وعن أبى يوسف الخ) وعنه أيضا انها تجب على السكان حموى (قوله فهى على الرؤس) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والسبر عينى ودرر (قوله على عاقلة ذى اليد) لان القدرة على الحفظ باليد عنده وعندهما بالملك عينى مع درر (قوله حتى يشهد الشهود الخ) لان اليد وان كانت تدل على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبى حنيفة كذا بخط شيخنا (قوله فالدية والقسامة وعلى من فيها من الركاب الخ) وهذا على قول ابى يوسف ظاهر لانه يرى القسامة على الملاك والسكان واما على قولهما فالسفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة ولا كذلك الدار والمحلة فافترقا شيخنا عن الاختيار والركاب بضم الراء وتشديد الكاف جمع راكب وانى افندى (تتمة) ما سبق عن الاختيار يفيد ان الخلاف بين ابى يوسف وغيره فى دخول المالك مع الركاب فى القسامة والدية مقيد بما اذا لم يكن معهم فان كان فهو كواحد منهم اتفاقا (قوله والملاحين) جمع ملاح وهو النوتى (قوله سواء كان مالكا الخ) من غير خلاف بخلاف ما اذا لم يكن معهم حيث لا يلزمه شئ عندهما خلافا لابى يوسف (قوله وان وجد قتيل فى مسجد محلة) كذا شارع المحلة بخلاف الشارع الاعظم كما فى الدرر (قوله فالقسامة والدية على أهلها) لان التدبير اليهم عينى (قوله لانه لو كان المسجد للغرباء الخ) سياق هذا الكلام يدل على ان ما سبق من كون الوجوب على أهل المحلة لا فرق فيه بين ما لو علم بانى مسجد المحلة أم لم يعلم لكن نقل شيخنا عن القهستانى تقييد الحكم المذكور بما اذا لم يعلم البانى فتدبر (قوله وفى الجامع وفى الشارع الخ) هذا اذا كان نائيا عن المحلات والا بان كان قريبا فعلى اقرب المحلات اليه القسامة والدية تنوير وشرحه واعلم انه اختلف كلامهم فى الشارع حيث قالوا بوجوب الدية فى الشارع تارة وعدمه اخرى وأشار فى الدرر الى انه يحصل التوفيق بأن يحمل قول من قال بوجوب الدية فى الشارع على شارع المحلة وقول من قال بعدمه على الشارع الاعظم قال العلامة نوح أفندى لكن بقى الكلام فى الشارع الاعظم ما هو قال أكثر العلماء هو أن يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية سواء كان فى البلدان او خارجها وقيده صاحب النهاية بخارج البلدان لان ما كان داخل البلدان فهو محفوظ بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية عليهم ومنه يعلم ان ما ذكره فى الدرر حيث فسر الشارع الاعظم بالطريق الواسعة فى الاسواق وخارج البلدان مخالف لما فى النهاية فينبغى أن يقتصر على ذكر خارج البلدان ويحذف لفظة فى الاسواق كما ذكره شيخنا عن نوح أفندى وعزمى زاده ايضا واعلم ان على صاحب الدرر مؤاخذة أيضا من وجه آخر لانه قسم الطريق أولا الى خاص وهو غير النافذ والى عام وهو النافذ قال وهذا يعنى العام يسمى بالشارع ثم قسم الشارع الى شارع المحلة والى الشارع الاعظم فلزم من تقسيمه هذا التسوية بين شارع المحلة والشارع الاعظم فى النفاذ وانما الفرق بينهما من الوجه الذى ذكره وهو ان شارع المحلة ما يكون المرور فيه أكثريا لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم أيضا بخلاف الشارع الاعظم فانه ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطريق الواسع وليس كذلك ولهذا تعقبه فى الشرنبلالية بأن الصحيح أن يكون المراد بشارع المحلة ما ليس نافذا الخ (قوله لا قسامة) لانها لنفى تهمة القتل وذا لا يتحقق فى حق الكل زيلعى (قوله والدية تكون على بيت المال) لانه مال العامة عينى كذا اذا ازدحم الناس يوم الجمعة فقتلوا رجلا ولا يدرى من قتله

قديته

فديته في بيت المال قلت ويقاس عليه من قتل بازدحام المراكب وبالازدحام الواقع في ليلة الرؤية وغيرها كليلة المعراج وليلة القدر وليلة النصف من شعبان بمصر والقدس الشريف حموي (قوله وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة الخ) يحمل على ما اذا لم يكن به حوانيت بدليل ما في العيني عن المنتقى من انه اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت (قوله ولو وجد في السجن الخ) لابي يوسف ان أهل السجن سكان وولاية التدبير اليهم وهما يقولان انهم مقهورون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة هداية (قوله ويهدر لو في برية) أي وتجب ديته في بيت المال أخذا من قول الزيلعي فيما سيجيء انها في أيدي المسلمين لا يد لاحد فيها بخصوصه فكانت كالشارع والجسور العامة كذا ذكره شيخنا ومفاده انها لو لم تكن في أيديهم بان انقطع عنها منفعتهم لم تجب الدية أصلا وبه صرح في المفتاح على ما نقله عنه الحموي (قوله ليس بقربها عمارة) ولا اخبية والفسطاط كالعمارة زيلعي فيما سيجيء (قوله اذا لم تكن مملوكة) والموقوفة على معلومين كالمملوكة ولو على مسجد فكما لو وجد في المسجد درر والتقييد بالمعلومين للاحتراز عما لو كانت وقفا على الفقراء والمساكين حيث تكون الدية في بيت المال كما سبق (قوله محتبسا) بفتح الباء وكسرها لان احتبس يتعدى ويلزم شيخنا عن الواني (قوله فعلى أقرب القرى من ذلك المكان) لان الشط في أيديهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم عيني (قوله ودعوى الولي على واحد من غير اهل المحلة الخ) كذا اذا وجد القتيل في دار انسان فادعى الولي على آخر تسقط القسامة والدية عن صاحب الدار كما سبق عن التتارخانية فالمحلة مثال (قوله تسقط القسامة الخ) لان اليمين انما تلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدع عيني ولو ادعى بعد ذلك عليهم لا تسمع كما في الهداية لانه بدعواه على غيرهم صار مبرئا لهم (قوله وعلى معين منهم لا تسقط) لان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم هداية ومن هنا قال الواني لا يقال ان الدعوى على أهل المحلة شرط في القسامة فاذا كانت الدعوى على واحد منهم كيف تجب القسامة عليهم لانا نقول الدعوى على أهل المحلة بأنهم يعلمون القاتل وان القاتل منهم لا انهم قتلوه جميعا حتى يلزم التنافي انتهى وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة حموي عن المفتاح (قوله وان التقى قوم بالسيوف) المراد مطلق السلاح ولم يكونوا متأولين فان كانوا متأولين جهة حق اوكانوا مشركين او خوارج فلا شيء كما في الشرنبلالية (قوله وتحاربوا ولم يقاتلوا) فيه تأمل حموي (قوله فعلى أهل المحلة القسامة والدية) لان حفظ المحل عن مثل ذلك واجب عليهم (قوله فحينئذ لم يكن على اهل المحلة) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة هداية (قوله ولا على أولئك حتى يقيم البينة) لانه بمجرد الدعوى لا يثبت الحق هداية (قوله كلاباذي ودرواذي اقتتلوا الخ) هذا يقتضي عدم صحة التقييد بعدم المقاتلة حموي وهو بضم الكاف نسبة الى كلاباذ محلة ببخارى ونيسابور شيخنا عن اللب (قوله وعندهما تقبل) لانهم كانوا بعرضية ان يصير واخصما وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا خرج عن الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد هداية (قوله او على قتل واحد منهم) يعني ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما هداية ونقل عزمي زاده عن المجمع ان عدم قبول الشهادة في هذه المسألة قول الامام وأما عندهما فتقبل كما في المسألة التي قبلها انتهى بتصرف فلو لم يفصله عما قبله وأخر ذكر الخلاف لكان أحسن واني أفندي بتصرف

وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي يبيت فيها فعلى بيت المال ولو وجد في سجن فالدية على بيت المال عندهما وعند أبي يوسف فالدية والقسامة على أهل السجن (ويهدر) الدم (لو) وجد القتيل (في برية) ليس بقربها عمارة وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت هذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فاما اذا كانت مملوكة فالقسامة والدية على عاقلة المالك (أو) وجد في (وسط الفرات) يمر به الماء فقال زفر على اقرب القرى القسامة والدية (ولو) كان القتيل (محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) من ذلك المكان على التفسير الذي مر في القسامة والدية ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم هذا اذا كان الشط غير مملوك فان كان ملكا خاصا فهو كالدار وان كان عاما فهو كالمحلة كذا في الخلاصة (ودعوى الولي على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة) والدية (عنهم وعلى معين منهم لا) تسقط (وان التقى قوم) من المسلمين (بالسيوف) وتحاربوا ولم يقاتلوا (فأجلوا) وانكشفوا (عن قتيل فعلى أهل المحلة) القسامة والدية (الا أن يدعي الولي على اولئك) أي الذين التقوا (أو على معين منهم) أي من أولئك الذين التقوا فحينئذ لم يكن على أهل المحلة ولا على أولئك شيء حتى يقيم البينة وفي فتاوى الصغرى كلاباذي ودرواذي اقتتلوا فوجد قتيل في مكان فتجب الدية على أهل تلك المحلة كذا في الخلاصة (وان قال المستحلف) منهم أي من أهل المحلة (قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم) أي غير أهل المحلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل (أو) على قتل (واحد منهم) اذا ادعى الولي القتل

(كتاب المعاقل)

(قوله جمع معقلة وهي الدية) لقائل ان يقول اذا كان المراد بها الدية فقد تقدم كتاب الديات وليس في هذا الكتاب شئ من بيان الديات بل من تجب عليه الدية وهي العاقلة ولهذا ترجم في البرهان بقوله باب العاقلة شرنبلالية وأجيب عن الاشكال بتقدير مضاف أي اهل المعاقل فيكون من مجاز الحذف او يراد بالمعاقل أهلها من اطلاق الحال على المحل فيكون من المجاز العقلي والعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقال لانه يمنعه من النفور ومنه سمى اللب عقلا لانه يمنع الانسان عما يضره فكذلك عاقلة الانسان وهم أهل نصرته يمنعونه عن قتل ماليس له قتله فالعقل الذي هو آلة الادراك جمعه العقول والعقل الذي هو الدية جمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يحملون العقل وهو الدية شرنبلالية عن المحيط (قوله لما ذكران موجب غير العمد الدية على العاقلة الخ) عرف في الدرر العاقلة بقوله هم الذين تقسم عليهم دية القتيل خطأ قال الواني وهو تعريف بالاعم على ماجوزه القدماء فلا يرد النقض بجماعة قتلوا رجلا خطأ ثم أقروا به فان الدية تقسم عليهم مع أنهم ليسوا بعاقلة ولو زاد وليسوا بقتلة لكان تعريفا بالمساوي انتهى باختصار (قوله لانها تعقل الخ) وقيل لان ابل الدية كانت تعقل بفناء ولي المقتول ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة وان كانت دراهم اودنانير حموي (قوله كل دية) مبتدأ خبره على العاقلة (قوله بالاقرار) أى الاقرار بقتل الخطأ اذا أكذب المقر العاقلة حموي (قوله والصلح) أي الصلح عن القتل العمد حموي (قوله فان فيها) أي في المسائل الثلاثة تجب الدية على القاتل لكنها في الصلح عن العمد تجب في مال القاتل حالة الا اذا شرط التأجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب في ثلاث سنين وكذلك ما يجب على المقر بالقتل الخطاء اذا كذبته العاقلة حموي ويزاد ما اذا عفى أحد أولياء المقتول او عمى الشهود قبل قضاء القاضي بالقصاص شيخنا عن شيخه الشيخ شاهين (قوله وهي أهل الديوان) ليس على عمومه لان النساء والذرية ممن له حظ في الديوان وكذا المجنون لا شئ عليهم من الدية واختلف في دخولهم مع العاقلة في الغرامة لو باشروا القتل والصحيح أنهم يشاركون العاقلة شرنبلالية عن التبيين وسيأتي في كلام الشارح ما يشير الى هذا التصحيح لانه حكى عدم المشاركة بقيل والذرية أولاد الاولاد وأراد هنا الصبيان وهي مأخوذة من الذر وهي صغار النمل شلبي (قوله على أهل العشيرة) أي على أهل هم العشيرة فالاضافة بيانية حموي والعشيرة هي العصبات كما ذكره العيني لانهم كانوا العاقلة على عهده صلى الله عليه وسلم فبقي كذلك بعده لامتناع النسخ بعده وبه قال مالك واحمد ولانها صلة فالقرابة اولى بها ولنا ماروينا من قضاء عمر على اهل الديوان من غير نكير فانعقد اجماعا وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعدد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى والدية صلة فايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى من ايجابها في اصول أموالهم هداية وغيرها والحلف بكسر الحا وسكون اللام العهد يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد هنا ولاء الموالاة نهاية والمراد من العدد ان يكون الرجل معدودا من القوم وان لم يكن من قبيلتهم يقال فلان عديد بني فلان غاية البيان وقوله اتباعا للمعنى أي للعلة أي اتباعا لعلة تحمل الدية وهي النصرة يعني لما كانت العلة النصرة كان الاعتبار بما فيه حصلت به النصرة كان هو العاقلة واهل الديوان يحصل التناصر بهم وقوله وليس ذلك بنسخ أي مطلقا لان النسخ لا يكون بعد النبي صلى الله عليه وسلم سواء قلنا ان الاجماع لا يصلح ناسخا وهو قول الجمهور او يصلح وهو قول البعض وقوله فجعلها على اهله أي جعل العقل على اهل الديوان وانث الضمير العائد على العقل لتأويله بالدية كما ذكره عزمي زاده وقوله والدية

صلة

(كتاب المعاقل)
لما ذكران موجب غير العمد الدية على العاقلة ذكر في هذا الكتاب تفسيرها وأحكامها المختصة بها تم (هي جمع معقلة) بضم القاف كالمكارم جمع مكرمة (وهي الدية) وتسمى الدية عقلا ومعقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك أي تمسك مجانى عن سفك الدم (كل دية وجبت بنفس القتل) كقتل شبه العمد والخطأ (على العاقلة) أي على عاقلة القاتل قوله بنفس القتل احتراز عن الدية التي تجب عند تعذر القصاص كقتل الاب ابنه وعن الدية التي تجب بالاقرار والصلح فان فيهما تجب الدية على القاتل (وهي) أي العاقلة (أهل الديوان) وهم الجيش الذين كتب أساميهم في الديوان وهو الجريدة من دون الكتب اذا جمعها هذا عندنا وعند الشافعي الدية على أهل العشيرة ان كان القاتل منهم

(تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) من وقت القضاء لا من وقت القتل العطاء اسم لما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له في كل شهر وقيل ما يعطى يوما بيوم وفي القدوري العطية للمقاتلة والرزق للفقراء (فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث) سنين (أو اقل) منه (أخذ الواجب (منها) هذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت العطايا في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها والمراد من ثلاث سنين ثلاث أعطية حتى لو أعطى لها في سنة واحدة ثلاث مرات للمستقبل بعد القضاء يؤخذ منها كل الدية ثم اذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية عليهم في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ثم ينظر فان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج الرزق يؤخذ منه الثلث وان كانت تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كانت تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد قضاء القاضي بيوم أو اكثر يؤخذ من رزق كل الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت عليهم الدية في عطاياهم دون أرزاقهم (وان لم يكن) القاتل (ديوانيا فعاقلته قبيلته) أي عشائره واقاربه (تقسم) الدية (عليهم في ثلاث سنين) بانه (لا يؤخذ من كل) واحد من عشيرته (في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم (فلم يزد على كل واحد) من عشيرته (من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة) دراهم أو ثلاثة كذا ذكره محمد في المبسوط وذكر القدوري في مختصره وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها وهذا يشير الى أنه يزاد على أربعة في كل الدية والصحيح هو الاول (وان لم تتسع القبيلة لذلك) أي لما ذكر من قسمة الدية على كل واحد من أربعة أو ثلاثة بان كانوا قليلا (ضم اليهم اقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات) الاخوة ثم أبناؤهم ثم الاعمام ثم أبناؤهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون وقيل لا يدخلون وعلى هذا حكم أهل الديوان اذا لم يتسع لذلك ديوان يضم اليه اقرب الديوان نصرة ثم الاقرب فالاقرب وهذا كله عندنا وعند الشافعي ما يقضى به على كل واحد ثم لا يكون أقل من [illegible] في حق العربي لان العرب حفظوا انسابهم فامكن ايجاب العقل الى أقرب القبائل من حيث النسب [illegible] في حق [illegible]

صلة تسقط بالموت كالنفقة والجزية وضمان العتق زيلعي في النفقة قال شيخنا وهو غير مناسب لان الدية تجب بموت المجني عليه خطأ أو شبه عمد والمناسب تغييرها بانها لا يقابلها عوض مالي انتهى قلت وما ذكره شيخنا رأيته مصرحا به في بعض العبارات حيث قال الصلة عبارة عن مال يجب ابتداء لا بمقابلة مال ولهذا سميت الزكاة ونفقة الاقارب صلة انتهى (قوله تؤخذ من عطاياهم) وقع في المتن الذي شرح عليه العيني والحموي زيادة منهم ونص العبارة تؤخذ منهم من عطاياهم وكل من الجارين متعلق بتؤخذ وجاز تعلق حرفي جر متحدي اللفظ والمعنى بعامل لكون الثاني بدلا من الاول كذا في شرح العيني وفيه نظر لان البدل اذا أطلق ينصرف الى بدل الكل ولا يصح هنا وقد يقال انه بدل اشتمال حموي (قوله لا من وقت القتل خلافا للشافعي) لان من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهدا فيه لان في العاقلة كلاما بعضهم يقول أهل الديوان وبعضهم يقول العشيرة فلا يتعين الا بالقضاء حموي ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل زيلعي وتعقبه المقدسي بأنه اذا قتل جمع فردا اقتص من الكل لان كل واحد قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى فلقائل ان يقول لم لا تجب على كل واحد من القاتلين دية كاملة باعتبار ان كلا قاتل بوصف الكمال كالعمد وقد اوجب عمر اربع ديات بضربة انتهى (قوله للجندي) بضم الجيم شيخنا (قوله والرزق للفقراء) اذا لم يكونوا مقاتلة شيخنا (قوله هذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة الخ) لان ابتداء وجوب الدية على العاقلة من حين القضاء لا من حين الموت حموي (قوله حتى لو اعطى في سنة واحدة ثلاث مرات الى قوله يؤخذ منها كل الدية) كذا في الهداية وغيرها كالدرر لان وجوبها في العطايا وقد حصلت وهو مخالف لما في شرح الحموي عن درر البحار والمجمع من انها تؤخذ في ثلاث سنين يعني مطلقا سواء خرجت في اقل او أكثر (قوله ثم اذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث الخ) قال الزيلعي واذا كان الواجب ثلث الدية او اقل يجب في سنة واحدة واذا كان أكثر منه يجب في سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب في ثلاث سنين لان جميع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة (قوله في ارزاقهم) لانها في حقهم بمنزلة العطايا اذ كل منهما صلة بيت المال زيلعي (قوله في عطاياهم دون ارزاقهم) لان الاخذ من الاعطية أصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الاصل ولان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدي الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت فيتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء منه زيلعي (قوله وهذا يشير الى انه يزاد على اربعة في كل الدية) وجه الاشارة انه قيد نفي الزيادة بسنة واحدة وجوز الاربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة فاذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة اربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلاثة اثني عشر درهما لا محالة وهو مخالف لنص محمد لانه قال ويقضى بالدية على القوم حتى يصيب الرجل في عطائه من الدية كلها اربعة دراهم او ثلاثة او أقل حموي عن اليمانية (قوله والصحيح هو الاول) لانه نص محمد ولان معنى التخفيف مراعى ولو أخذ منه في كل سنة اربعة يكون في ثلاث سنين اثني عشر درهما فيخرج عن حد التخفيف لبلوغه حد الجزية زيلعي (قوله بأن كانوا قليلا) يعني اذا وزع عليهم الدية في ثلاث سنين على كل واحد منهم ثلاثة دراهم او اربعة لم يحصل أداء كمال الدية بهم حموي (قوله ضم اليهم أقرب القبائل نسبا) ليتحقق معنى التخفيف حتى اذا كان الجاني من اولاد الحسين يكون موجب الجناية عليهم فان لم تتسع هذه القبيلة الحسينية ضم اليهم القبيلة الحسنية حموي عن المفتاح (قوله فقيل يدخلون) لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون كذا في الهداية واراد الاول لجزم قاضيخان بأن القاتل وابنه من جملة العواقل ولم يحك فيه خلافا (قوله أما في حق العجمي الخ) عبارة النقاية وشرحها

للقهستاني والمعتبر في العجم أهل النصرة سواء كانت النصرة بالحرفة كالاساكفة اولا تكون بالحرفة كطلبة العلم فان بعضهم عاقلة بعض انتهى (قوله والقاتل كأحدهم) لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به عيني ثم ماذكره المصنف من كون القاتل كأحدهم قيده في النهاية بما اذا كان القاتل من أهل الديوان فافادهذا القيد انه اذا لم يكن كذلك لا يلزمه شئ وتكون الدية كلها على عاقلته وما في المفتاح على مانقل عنه السيد الحموي من قوله فان لم يكن كذلك لا يجب شئ من الدية عليهم يقتضي عدم وجوب الدية على عاقلته اذا لم يكن هو ديوانيا وليس كذلك بدليل قول المصنف وان لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته ثم ظهر لي ان الصواب في عبارة المفتاح تجريد الضمير في عليهم من علامة الجمع وحينئذ فلا اشكال (قوله مطلقا سواء كان امرأة اوصبيا اومجنونا) هذا هو الصحيح كما في النهاية قال واحد الزوجين لا يكون عاقلة الآخر قال الحموي في هذا التعميم يعني قول الشارح سواء كان امرأة الخ تأمل وان اقتضاه اطلاق المصنف كما يعلم بمراجعة البيانية (قوله وقيل لا يدخل الا الرجل العاقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان ولهذا لا يوضع عليهم ماهو خلف عن النصرة وهو الجزية هداية والصحيح ان المباشر للقتل وان كان صبيا اوامرأة اومجنونا يشارك العاقلة زيلعي (قوله وقال الشافعي ليس على القاتل شئ) لانه اذا لم يجب عليه الكل فلا يجب عليه البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل اجحاف ولا كذلك ايجاب البعض وعدم وجوب الكل لا ينافي وجوب البعض الا ترى ان كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه البعض فظهر ان اعتبار الجزء بالكل باطل زيلعي (قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) يعني مع مولاه كما في الشرنبلالية عن البرهان ولهذا قال شيخنا والمولى منهم (قوله ولا تعقل عاقلة الخ) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون ارش الموضحة واعلم انهم اختلفوا في تأويل الحديث فقال محمد بن الحسن معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده وانما هي في رقبته يدفع بها او يفدى وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابن ابي ليلى معناه أن يجني على العبد بأن يقتله حر فليس على عاقلة الجاني شئ انما ثمنه في ماله خاصة لا يقال لو كان تأويل الحديث كما قاله ابو حنيفة لقال لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يقل عبدا الا انا نقول ان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل عاقلة عمدا وسباقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عمن عمد وعمن صالح وعمن اعترف عناية والسياق بالياء المثناة من تحت عبارة عما يستفاد من سوابق الكلام بخلاف السباق بالباء الموحدة فانه عبارة عما يستفاد من لواحقه (قوله جناية العبد الخ) أما العبد فلانه لا يتناصر به وأما الصلح والاعتراف فلانهما لا يلزمان العاقلة شيئا لعدم ولايته عليهم واعلم ان الاضافة في جناية العبد من اضافة المصدر للفاعل على تأويل ابي حنيفة وعلى تأويل ابن ابي ليلى من اضافة المصدر للمفعول وسيأتي الكلام في المتن على ما اذا جنى الحر على العبد (قوله فهي على مولاه) يدفعه بها او يفديه (قوله اوقتل رجلا الخ) لو قال اوقتل الحر رجلا لكان أولى اذ الضمير المستتر في قتل يعود على الحر من قوله جنى عبد على حر الى هذا أشار شيخنا (قوله ينقلب نصيب الباقين مالا) كذا اذا عمي الشهود قبل قضاء القاضي بالقصاص شيخنا عن شيخه (قوله وتجب الدية في ماله) قدمنا ان ماثبت بالاقرار يجب مؤجلا وما ثبت بالصلح حالا الا اذا شرط فيه التأجيل (قوله الا أن يصدقوه) لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم والامتناع كان لحقهم وقد زال او تقوم البينة لان ماثبت بالبينة كالمشاهد وتقبل البينة مع الاقرار كما في العيني مع انها لا تعتبر معه لانها تثبت ماليس بثابت وهو الوجوب على العاقلة تنوير وشرحه (قوله بأن قتل) فسر الجناية بالقتل لما ذكره العيني من ان العاقلة لا تتحمل اطراف العبد (قوله فالدية في بيت المال) في ظاهر الرواية وعليه الفتوى كما

ولا يستقيم لان العجم قد ضيعوا انسابهم فلا يمكننا
ايجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل
نسبا وبعد ذلك اختلاف المشايخ قال بعضهم
يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال
بعضهم تجب الباقي في مال الجاني (والقاتل
كاحدهم) فيما يؤدى مطلقا سواء كان
امرأة أو صبيا أو مجنونا وقيل لا يدخل
الا الرجل العاقل وقال الشافعي ليس على
القاتل شئ من الدية (وعاقلة المعتق قبيلة
مولاه و) يعقل) أي يعطى (عن مولى الموالاة
مولاه وقبيلته) وفيه خلاف الشافعي (ولا
تعقل عاقلة جناية العبد و) جناية (العمد)
حتى لو جنى عبد على حر خطأ فهي على مولاه
أو قتل رجلا عمدا فعفى بعض الاولياء ينقلب
نصيب الباقين مالا وتجب على القاتل في ماله
لا على العاقلة (و) لا يعقل عاقلة (مالزم صلحا
أو اعترافا) وتجب الدية في ماله (الا ان
يصدقوه) أي لا تجب في صورة الاعتراف الدية
الا ان يصدق العاقلة المعترف في ما اعترف به
فحينئذ تجب على العاقلة (وان جنى حر) بان
قتل (على عبد خطأ فهي) أي بدل الجناية
(على عاقلته) وفي أحد قولي الشافعي تجب
على القاتل ثم هذا الذي ذكر كله فيما اذا كان
للجاني عاقلة أما اذا لم يكن له عاقلة فالدية
في بيت المال

فى الدرر عن الخلاصة وهذا اذا كان بيت المال موجودا اومضبوطا وان لم يكن كذلك فعلى الجانى نقاية وشرحها للقهستانى قال فى الشرنبلالية ذكر من كتاب الولاء من الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا للميراث بأن كان حرا مسلما اولم يكن بأن كان كافرا او عبدا فلوان حربيا مستأمنا اشترى عبدا مسلما فى دار الاسلام فأعتقه ثم عاد المستأمن الى دار الحرب فأسر وأخرج الى دار الاسلام ثم مات معتقه فميراثه لبيت المال لان معتقه رقيق فى الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وان كان لا يستحق ميراثه لاجل الرق الخ واذا كان الوجوب عليه وهو رقيق يتأخر الطلب عليه الى ما بعد العتق بقى ان التقييد بمسلما من قوله فلوان حربيا اشترى عبدا مسلما الاوجه له بل الذى يظهر حذفه اذلو كان مسلما الارث لسيده الحربى وان لم يكن رقيقا فتدبر (قوله وروى عن أبى حنيفة انه تكون فى مال الجانى) ذكر الزيلعى وصاحب الهداية ان هذه الرواية شاذة ولهذا اعترض المرحوم الشيخ شاهين على صاحب الدرر فقال لا ينبغى له جعلها متنا بل كان الواجب التنبيه على شذوذها وأقول ذكر القهستانى ما يفيد انه فى زماننا على الجانى مطلقا ولو كان له عاقلة ونصه وقال الزاهدى انه على الجانى فى زماننا لان العشائر قد نفيت ورحمة التناصر قد ارتفعت وبيوت أموالهم قد انهدمت انتهى واعلم انه ذكر فى الشرنبلالية بعد قول الدر رما يجب فى مال القاتل من الدية يؤخذ فى ثلاث سنين عندنا ما نصه قال الناطفى فان لم يكن له عاقلة ففى ماله يؤدى كل سنة ثلاثة دراهم اوأربعة قال العلامة المقدسى وهذا حسن لا بد من حفظه فقد رايت فى كثير من المواضع انه تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين انتهى وتعقبه شيخنا بان ما عن الناطفى فى الخطأ فاذا لم يكن له عاقلة ففى ماله يؤدى كل سنة ثلاثة دراهم اوأربعة وما يجب فى مال القاتل ابتداء هو ما كان موجبه القود الا انه سقط فوجب المال ابتداء فى مال القاتل بخلاف الخطاء فان الوجوب فيه على العاقلة ابتداء وما وجب فى مال القاتل ابتداء يؤخذ فى ثلاث سنين عندنا فهما مسئلتان لا مسئلة واحدة خلافا لما فهمه المقدسى (تتمة) لا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس كما فى التنوير ابن الملاعنة يعقله عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب قال العلامة الحموى وهذا يستثنى من قولهم العقل على الاقارب من جهة الاب انتهى فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام على عاقلة الاب فى ثلاث سنين من يوم القضاء بالرجوع زيلعى والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة الا اذا كانت العداوة بينهم ظاهرة كاليهود والنصارى فينبغى ان لا يعقل بعضهم بعضا بل تكون فى ماله فى ثلاث سنين در

(كتاب الوصايا)

أصل الوصايا وصايى قلبت الياء الاولى همزة لان الياء اذا وقعت بعد ألف مفاعل تقلب همزة فكرهوا وقوع همزة مكسورة بين حرفى علة فى الجمع المستثقل مع ان مفرده ليس كذلك فأبدلوا كسرة الهمزة فتحة فانقلبت الياء ألفا فصار وصاآ فكرهوا الهمزة بين الفين فقلبوها ياء فصار وصايا حموى (قوله ايراد هذا الكتاب فى أواخر الكتب ظاهر) فيه تأمل ولا بد ان تكون اضافة أواخر على معنى أل الجنسية ليسقط معنى الجمعية حموى وفيه نظر اذ المراد بالكتب المتون الذى منها الكنز وغيره فلا حاجة للتأويل الذى ذكره (قوله وقت المعاد) أى وقت حصول أسباب المعاد حموى (قوله فناسب ايرادها فى منتهى الكتاب) أى فى نهاية الكتاب فيه ان المذكور فى منتهى الكتاب انما هو الفرائض حموى (قوله الموت الذى هو وقت الوصية) ليس وقت الوصية الموت بل وقت مشارفة الموت حموى (قوله والوصية والوصاية الخ) والمصدر الايصاء والايصاء لغة طلب شئ من غيره ليفعله فى غيبته حال حياته وبعد وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال اوصى فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه له بعد موته بطريق الوصية

وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انها تكون فى مال الجانى والله أعلم

(كتاب الوصايا)

(أى أواخر الكتب) ايراد هذا الكتاب فى أواخر الكتب ظاهر التناسب لان للانسان مبدأ ومعادا والوصية معاملة وقت المعاد فناسب ايرادها فى منتهى الكتاب على ان لها اختصاصا بالجنايات لانها تفضى الى الموت الذى هو وقت الوصية والوصية ثم هى جمع وصية والوصية والوصاية اسمان فى معنى المصدر مأخوذ من وصى الشئ بالشئ اذا وصله به والموصى يوصل الموصى له بالوارث ثم تسمية الموصى به وصية مجاز

ويستعمل أخرى بالى يقال أوصى فلان الى فلان بمعنى جعله وصياله يتصرف فى ماله وأطفاله بعد موته والاسم منه الوصاية درر ودرر (قوله ثم ركن الوصية الخ) يشير الى ان القبول شرط قال فى الخلاصة الوصية يشترط فيها القبول صريحا أودلالة بان يموت الموصى له بعد موت الموصى انتهى قال فى الشرنبلالية ويخالفه مافى البدائع ركن الوصية الايجاب من الموصى والقبول من الموصى له فمالم يوجدا لم يتم الركن وان شئت قلت ركنها الايجاب من الموصى وعدم الرد من الموصى له وهوان يقع اليأس من رده وهذا أسهل لتخريج المسائل وقال زفر الركن هو الايجاب فقط انتهى وسببها سبب التبرعات تنوير (قوله كون الموصى أهلا للتمليك) أى بطريق التبرع فلم تجز من صغير ومجنون ومكاتب الا اذا أضاف لعتقه وكذا يشترط عدم استغراقه بالدين درر وشرنبلالية (قوله وكون الموصى له أهلا للتملك) بان كان حياوقتها تحقيقا وتقديرا ليشمل الحمل الموصى له فسقط ايراد الشرنبلالى حيث ذكر ان الشرط وجوده لاحياته لان نفخ الروح يكون بعد وجدانه وقتها غير حى ووجه سقوط الايرادانه وان لم يكن حيا حقيقة وقتها فهو حى تقديرا درر وكذا يشترط كونه غير وارث وقت الموت ولا قاتل وكونه معلوما درر (قوله مالا قابلا للتمليك) من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال اومعدوما وان يكن بمقدار الثلث عناية وأراد بالمعدوم المنفعة وقال فى الدرر أراد بالمال مايعم الحكمى ليشمل المنفعة (قوله ملكا جديدا) كما فى الهبة لاقامة الموصى اياه مقام نفسه حيث وجب الاستبراء عليه للجارية الموصى بها درر (قوله تمليك مضاف) الى مابعد الموت يعنى بطريق التبرع سواء كان مالا أومنفعة كما سبق والفرق بين الوصية والميراث ان الميراث يدخل فى ملك الورثة سواء قبل الوارث أولا والوصية لاتدخل فى ملك الموصى له بلا قبول حموى عن المفتاح (قوله وهى مستحبة) الوصية على أربعة أقسام واجبة كالوصية برد الوديعة والديون المجهولة ومستحبة كالوصية بالكفارات وفدية الصلوات والصيامات ومباحة كالوصية للاغنياء من الاجانب والاقارب ومكروهة كالوصية لاهل الفسوق والمعاصى شرنبلالية عن المجتبى قال وفيه تأمل لما فى البدائع الوصية بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات واجبة انتهى لكن عبارة الدرر تفيد تصريح المجتبى بوجوب الوصية بالزكاة والكفارات فليحرر بمراجعة المجتبى (قوله والقياس ان لاتجوز) لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو اضيف الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له المرض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى بعض مافرط منه من التفريط هداية (قوله وقيل ان كان عليه شئ من الواجبات الخ) هو المذهب كذا بخط شيخنا (قوله ولا تصح بما زاد) أى لاتنفذ لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن أبى وقاص على مافى الزيلعى وفى الهداية سعد بن مالك وقد اشتد به المرض وأراد التصدق بثلثى ماله اوشطره فمنعه عليه الصلاة والسلام وقال له الثلث والثلث كثير وورد فى الحديث انه صلى الله عليه وسلم قال الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث على مافى الهداية وفى الزيلعى وبالثلث للورثة ولا يخفى ان مافى الهداية اولى لان المنع من الوصية للورثة يشمل الثلث ومادونه فلا وجه لتخصيص الزيلعى الثلث بالذكر واعلم ان الثلث فى الحديث الاول يجوز فيه الرفع على انه فاعل أى يكفيك الثلث كما ذكره سعدى شلبى قالا وعلى انه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير اعط الثلث انتهى معزيا للنووى (قوله الا اذا اجازت الورثة) يعنى بعد الموت فاجازتهم حال حياته لاتعتبر كما سيذكره فلو لم يكن له وارث ولو حكما صحت الوصية بالكل لان المانع من الصحة تعلق حق الوارث درر ولو اوصت بكل مالها لزوجها كان الكل له نصفه بطريق الارث ونصفه بالوصية قهستانى عن قاضيخان وكذا يستحق الزوج الكل اذا أوصت له بالنصف كما فى شرح التنوير وقولنا ولو حكما ليشمل المستأمن لعدم المزاحم كما فى الدرر يعنى اذا اوصى المستأمن بكل ماله صحت الوصية

ثم ركن الوصية قوله أوصيت بكذا
لفلان وأوصيت فلانا وشرطها كون
الموصى أهلا للتمليك وكون الموصى له
أهلا للتملك والموصى به بعد موت
الموصى مالا قابلا للتمليك وحكمها
ان يملكه الموصى له ملكا جديدا
وفى الشرع (الوصية تمليك مضاف
الى مابعد الموت وهى مستحبة)
استحسانا والقياس ان لاتجوز وقال
بعض الناس واجبة على كل من له
يسار وقيل هى مباحة وقيل ان كان
عليه شئ من الواجبات كالحج ونحوه
فالوصية واجبة والا فهو بالخيار
(ولا تصح بما زاد على
الثلث) للاجنبى الا اذا اجازت الورثة

وان كان له ورثة بدار الحرب قال وانما قيدوا بالزوجين لان غيرهما لا يحتاج للوصية لانه يرث الكل بردا ورحم (قوله ولا تصح لقاتله) لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لقاتل كما فى العينى وهو حجة على الامام مالك على ماذكره الشارح وذكر فى الهداية مكانه الشافعى ووجهه ان جناية القاتل لا تخرجه عن أهلية تبرع الغير عليه واعلم انه يستثنى من كلامهم لو كان القاتل صبيا أو مجنونا فتجوز الوصية لهما بلا اجازة لانهما ليسا أهلا للعقوبة أو لم يكن له وارث سوى الموصى له القاتل تنوير وشرحه (قوله بعد ان كان مباشرا) بخلاف التسبب لان التسبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله زيلعى (قوله وصورة الوصية للقاتل الخ) حق العبارة ان يقال وصورته ان يوصى المجروح للجارح ثم يموت ومافى شرح الابيارى من قوله اما لو أوصى لشخص ثم قتله لم تبطل صوابه هل تبطل يدل عليه قوله ولم أر من صرح بهذا والحامل له على التردد عدم وقوفه على ماذكره الشارح من انه اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا الخ (قوله وعند أبى يوسف لا تجوز) لان امتناعها للجناية وهى باقية ولهما ان امتناعها لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم زيلعى والخلاف فى غير قتله عمدا بعد الوصية أما لو قتله عمدا بعدها لغت اتفاقا شرنبلالية عن البرهان (قوله ووارثه) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتأذى بايثار البعض وفى تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذى رويناه زيلعى (قوله ان لم تجز الورثة) يرجع الى الثلاثة المذكورة وهى الوصية بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع فى الكل لحقهم فتجوز باجازتهم عينى ولو أجاز البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته واجازة المريض كابتداء وصيته در (قوله فان أجازوا بعد الموت الخ) ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره وأجاز الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعى يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلث الولاء فى مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا فى الثلث عينى (قوله وهم كبار) عقلا فلم تجز اجازة صغير ومجنون در (قوله وان أجازوا فى حال الحياة فلهم ان يرجعوا الخ) لكونه اسقاطا للحق قبل تقرر السبب لان عمل الاجازة فى العقد الموقوف فى ازالة الملك انما يصح من المالك حقيقة او حكما والوارث قبل موت المورث ليس بمالك لا حقيقة وهو ظاهر لان الورثة لا يملكون التركة قبل موت المورث حتى لو أعتق الوارث عبدا من التركة قبل موت المورث لا ينفذ عتقه ولا حكما أيضا لان سبب ملك الورثة فى تركة الميت موت المورث لانهم يملكون التركة من وقت الموت لا من وقت المرض ألا ترى ان ماحدث من الزوائد قبل الموت بعد المرض يحدث على ملك المورث بخلاف اجازة المرتهن لانها حدثت بعد سبب الملك للمرتهن لان قبضه سبب لثبوت الملك له فى المرهون حتى يجعل مستوفيا له من وقت القبض لا من وقت الهلاك وكذا عفو الورثة عن جارح ابيهم يصح لوجوده بعد وجود سبب القتل فصار كان العفو وجد بعد القتل الا ترى ان الجارح لو كفر بعد الجرح قبل موت المجروح جاز التكفير لان القتل يستند الى وقت الجرح واما هنا اذا مات المورث بعد المرض فالموت لا يستند الى حالة المرض فكانت الاجازة من الورثة حاصلة قبل السبب فلا تجوز كذا فى النهاية (قوله ثم المراد بالوارث الوارث بالفعل الخ) حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث له ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والصدقة والهبة من المريض لوارثه فى هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تعتبر من الثلث كذا بخط شيخنا (قوله فالمعتبر كونه وارثا الخ) واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الاقرار حتى لو أقر لغير وارث جاز اقراره وان صار وارثا بعد ذلك بشرط ان يكون ارثه بسبب حادث بعد الاقرار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها ولابنه وهو عبد

(ولا) تصح (لقاتله) مطلقا سواء كان عمدا أو خطأ بعد ان كان مباشرا وقال مالك رحمه الله تصح وصورة الوصية للقاتل ان المجروح وصى للجارح ثم مات وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا وان أجازته الورثة جازت عندهما وعند أبى يوسف لا تجوز (ووارثه ان لم تجز الورثة) فان أجازوا بعد الموت وهم كبار صح وقال مالك والشافعى ليس لهم ان يردوه بعد موته لانهم قد ابطلوا حقه وليس لهم ان يرجعوا بعده وان أجازوا فى حال الحياة فلهم ان يرجعوا بعد الموت ثم المراد بالوارث الوارث بالفعل لا بالقوة حتى لو كان له أب وأخ او ابن أخ فأوصى للأخ أو لابن الأخ جاز فالمعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية كذا فى شرح القدورى

ثم اعتق واما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه كذا فى العينى وغيره كالزيلعى والنهاية معللا بأنه اذا أقر لابنه العبد كان فى المعنى اقرار المولاه وهو أجنبى منه لكن ردّه الشيخ شاهين بأن الصحيح مما سيأتى فى المتن فى باب الوصية بالثلث من قوله فلو أوصى لابنه الكافر او الرقيق فى مرضه فاسلم او عتق بطل كهبته واقراره انتهى بل نقل شيخنا عن الاتقانى ان ذلك وقع سهوا لكونه مخالفا لما فى الجامع الصغير حيث قال لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصرانى او عبد ثم اسلم الابن أو اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا بخلاف ما لو اقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار الخ (قوله ويوصى المسلم للذمى وبالعكس) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانه بعقد الذمة ساوى المسلم فى المعاملات حتى جاز التبرع من الجانبين فى الحياة وكذا بعد الممات وفى الجامع الصغير الوصية من المسلم لحربى وهو فى داره باطلة لان الها بر وصلة وقد نهينا عنه بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية وفى السير الكبير ما يدل على الجواز ووفق بأنه لا ينبغى ان يفعل وان فعل جاز كذا فى الكافى والنهاية قال فى الدرر ولا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى داره فانه احتراز عن المستأمن الخ وأقول فى هذا التوفيق نظر اذ ما ذكره فى السير الكبير على ما فى الشرنبلالية حيث قال لا بأس ان يصل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا يفيد الجواز ولو فى داره فالحق انهما قولان متقابلان واعلم ان دليل القول بالجواز ما ورد من انه صلى الله عليه وسلم بعث خمسمائة دينار الى مكة حين قحطوا وأمر بدفع ذلك الى أبى سفيان ابن حرب وصفوان بن امية ليفرق على فقراء أهل مكة فقبل ذلك أبو سفيان وابى صفوان ولان الاهداء الى الغير من مكارم الاخلاق وقد قال عليه السلام بعثت لاتمم مكارم الاخلاق وقوله وأبى صفوان يعنى امتنع من القبول (قوله ثم قبل بعد موته) وبموته خرجت عن ملكه ولا يثبت الملك للموصى له الا اذا قبل او مات فموته كقبوله عند أصحابنا بمنزلة البيع اذا كان فيه خيار للمشترى دون البائع فمات المشترى فى الثلاث فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشترى شلبى عن الاتقانى (قوله وعند زفر لا يصح) لبطلان الوصية برده فلا يصح قبوله بعد ذلك كالاقرار اذا ارتد بتكذيب المقر له لم يصح تصديقه بعده قلنا ان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر الرد والقبول بعده لا قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية (قوله وندب النقص من الثلث) سواء كانت الورثة اغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب عينى (قوله وان كانت الورثة فقراء الى قوله فالترك أولى) أى افضل زيلعى لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح والكاشح هو العدو الذى يخفى عداوته أو الذى يضمر العداوة تحت كشحه وهى الخاصرة عزمى زاده وانما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ولا كذلك فى ذى الرحم الصديق شلبى (قوله او يستغنون الخ) قال فى الخلاصة وقدر الاستغناء عن أبى حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف درهم دون الوصية وعن الامام الفضلى عشرة آلاف شرنبلالية (قوله وقال زفر الخ) لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف الميراث لانه خلافة حتى تثبت هذه الاحكام زيلعى (قوله الا فى مسئلة واحدة) كذا لو أوصى للجنين يدخل فى ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلى عليه زيلعى (قوله والقياس) ان تبطل لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصى قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل فى ملكه كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة هداية وما فى الدرر من قوله فصار

(ويوصى المسلم للذمى وبالعكس
وقبولها) يكون (بعد موته وبطل
ردها وقبولها فى حياته) أى لا يعتبر
ردها وقبولها فى حال الحياة حتى لو قال
فى حياة الموصى لا أقبل ثم قبل
بعد موته صح القبول عندنا وعند
زفر لا يصح (وندب النقص من الثلث)
أى ندب ان يوصى الانسان بأقل من
ثلث المال ثم الوصية بأقل من الثلث
اولى من تركها اذا كانت الورثة
أغنياء او يستغنون بنصيبهم وان
كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما
يرثون فالترك أولى (وملك) الموصى
به (بقبوله) فان قبل الموصى له
الوصية بعد موت الموصى ثبت الملك له
فى الموصى به قبضه اولم يقبضه وان رد
الموصى له الوصية بطلت وصيته برده
عندنا وقال زفر فى رواية والشافعى
فى قول لا تبطل (الا) فى مسئلة واحدة
وهى (ان يموت الموصى له بعد موت
الموصى قبل قبوله) أى قبول الموصى
له الوصية فيدخل الموصى به فى ملك
ورثة الموصى له استحسانا والقياس
ان تبطل الوصية

كمشتر قبل قبوله بعد ايجاب البائع صوابه ان يقال فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع كما فى الهداية أو يقال فصار كما لو اوجب البائع البيع فمات المشترى قبل قبوله كما فى الكافى كذا ذكره عزمى وأقول لا حاجة لهذا التصويب وانما سقط من قلم صاحب الدرر لفظ مات بعد قوله فصار كمشتر فتدبر (قوله ولا تصح وصية المديون الخ) لان الدين مقدم لكونه فرضا والوصية بغير الواجب تبرع وحق الشرع من الصلاة ونحوها يسقط بالموت فتكون الوصية به كالتبرع زيلعى (قوله الا ان يبرئه الغرماء) فلو أجاز واهل يكون تمليكا منه أو منهم حموى عن الرمز واقول مقتضى ما سبق من ان الورثة اذا اجاز والوصية للوارث يتملكه من قبل الموصى عندنا ان يكون الحكم فى اجازة الغرماء كذلك (قوله ولا تصح وصية الصبى) ولو مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالى لفلان وصية لانه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما فى الطلاق والعتاق بخلاف العبد او المكاتب اذا قال اذا اعتقت فثلث مالى لفلان وصية حيث يصح لان أهليتهما كاملة وانما منع لحق المولى فتصح الاضافة الى حال سقوط حق المولى زيلعى واعلم انه يستثنى من عدم صحة وصية الصبى مالو كانت بتجهيزه وأمر دفنه درر لكنه يراعى فيه المصلحة ففى الشرنبلالية عن الخلاصة قال أوصى بأن يكفن بألف دينار يكفن بكفن وسط ولو أوصى بأن يكفن فى ثوبين لا يراعى شرائط الوصية ولو أوصى بأن يكفن فى خمسة أثواب اوستة أثواب تراعى شرائطه ولو اوصى بأن يدفن فى مقبرة كذا بقرب فلان الزاهد يراعى شرطه ان لم يلزم فى التركة مؤنة الحمل ولو أوصى بأن يقبر مع فلان فى قبر واحد لا يراعى شرطه انتهى (قوله وقال الشافعى تصح الخ) لان عمر اجاز وصية يافع وهو الذى راهق الحلم ولنا انه تبرع فلا يصح كالهبة والصدقة والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمى يافعا مجازا زيلعى ويحتمل ان وصيته كانت فى تجهيزه وذلك جائز وكذا الخلاف فى المجنون كما فى شرح المجمع ومعنى كونه قريب العهد بالبلوغ انه كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه ورد بأنه صح فى رواية لحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو تكون الوصية بأمر التجهيز والدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون الراوى نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافى ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوى والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح عند الشافعى لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكنه مخالف لقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على ان الصبى ممنوع من ماله عناية (قوله ولا المكاتب) لانه ليس من أهل التبرع زيلعى اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة أقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو أجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة انشاء للوصية لان الوصية تصح بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بأن قال اذا اعتقت فثلث مالى وصية لفلان حتى لو عتق قبل الموت باداء البدل أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات ولو عن وفاء بطلت وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند الامام وعندهما جائزة بناء على ان للمكاتب نوعى ملك حقيقى وهو ما بعد العتق ومجازى وهو ما قبل العتق فعند الامام ينصرف الى المجازى وعندهما ينصرف الى الحقيقى لانه القابل لهذا الحكم (قوله وتصح الوصية للحمل) لانها استخلاف والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية لا يقال شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة [illegible] فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا

(ولا تصح وصية المديون ان كان
دينه محيطا) بماله الا ان يبرئه
الغرماء (و) لا تصح وصية (الصبى)
مطلقا وقال الشافعى تصح اذا كان
فى وجوه الخير (و) لا تصح وصية
(المكاتب) وان ترك وفاء
وقيل على قول أبى حنيفة رحمه الله
لا تصح وعندهما تصح ثم الصبى
والمكاتب اذا بلغ وعتق واجاز تصح
بطريق الابتداء (وتصح الوصية
للحمل) بان قال اوصيت بهذا لحمل
فلانة

بالشهين ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول زيلعى (قوله وبه) لانه يجرى فيه الارث فكذا الوصية أيضا لانها أخته زيلعى (قوله وتصح فى الصورتين ان ولدت الخ) صريح فى تعلق القيد بكل من الصورتين خلافا لما فى الدر من قصره القيد على الثانية ولهذا تعقبه عزمى بأنه مخالف لما فى الهداية وشروحها الخ (قوله ان ولدت لاقل من مدته الخ) لو زوج الحامل حيا او ميتا وهى معتدة حين الوصية فلاقل من سنتين بدليل ثبوت نسبه در عن الاختيار والجوهرة قال ولا فرق بين الآدمى وغيره من الحيوانات فلو اوصى لما فى بطن دابة فلان لينفق عليه صح واقل مدة الحمل للآدمى ستة اشهر وللفيل احدى عشر سنة وللابل والخيل والحمير سنة وللبقر تسعة اشهر وللشاة خمسة اشهر وللسنور شهران وللكلب اربعون يوما وللطير احد وعشرون يوما درأيضا عن القهستانى (قوله من وقت الوصية) وعليه المتون وفى النهاية من وقت موت الموصى وفى اسكافى ما يفيد انه من الاول ان كان له ومن الثانى ان كان به در والاول اختاره صاحب الهداية وصححه الاسبيجابى واختار الثانى فى النهاية عزمى (قوله ولا تصح الهبة له) لان الهبة من شرطها القبول ولا يلى عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع زيلعى (قوله فيكون الحمل لورثة الموصى) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما مر فى البيوع زيلعى (قوله وله الرجوع عن الوصية) لان القبول بعد الموت فجاز الرجوع قبل القبول كسائر العقود زيلعى (قوله قولا وفعلا) تصور الرجوع من حيث القول والفعل محله ما اذا كان الموصى به عينا فقال رجعت عن وصيتى واخرج العين عن ملكه فان اوصى بثلث ماله لم يتصور الرجوع الا بالقول وقد يكون الرجوع بالفعل دون القول كما لو قال لعبده ان مت من مرضى هذا فأنت حر فهو مدبر مقيد حتى لو قال رجعت عن ذلك لا يصح ولو باع العبد جاز بيعه وتبطل الوصية بخلاف التدبير المطلق حيث لا يتصور الرجوع عنه مطلقا قولا ولا فعلا خانية (قوله بأن باع أو وهب) عبارة قاضيخان لو وصى بعين ثم أخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه بطلت الوصية حتى لو عادت اليه بعد ذلك فى حياته لا تكون وصية (قوله اوقطع الثوب) كذا لو خاطه لان هذا الفعل يقطع حق المالك عن المغصوب در راوزيد فى ا وصى به ما يمنع تسليمه الا به كلت السويق بسمن والبناء فى الدار بخلاف تجصيص الدار وهدم بنائها او غسل الثوب تنوير وشرحه (قوله والجحود) لا يكون رجوعا وهو الصحيح وعليه الفتوى شرنبلالية عن الزيلعى والبرهان لان الرجوع اثبات فى الماضى ونفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فبينهما تناف ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة درر أى لا يستعار للطلاق لان الجحود يقتضى عدم النكاح فى الماضى والطلاق يقتضى وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر عناية (قوله وما ذكر فى المبسوط الخ) فى السراجية جحود الوصية على رواية المبسوط رجوع وعليه الفتوى وفى وسيط المحيط انه الاصح وقال الصدر الشهيد انه الصحيح قالوا وهو الاستحسان لان الجحود نفى الماضى والحال فكان أقوى من الرجوع اذ هو نفى فى الحال فقط ولهذا قالوا جحود المرتد توبة ابن الشحنة عن شرح المجمع (تتمة) اوصى ثم جن قال محمد ان اطبق حتى بلغ ستة اشهر بطلت وصيته وعن أبى يوسف انه قدر المطبق بشهر كذا فى الخانية وذكر فيها ان الوصية تبطل بالعته لكن لم يذكر ما ذكره فى الجنون من قيد كونه مطبقا فليحرر

(باب الوصية بثلث المال ونحوه)

لما كان ادصى ما تدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر المسائل التى تتعلق به فى هذا الباب حموى عن المفتاح (قوله فثلثه لهما نصفان) لان ثلث المال يضيق

(وبه) أي بالحمل بان قال اوصيت بحمل جاريتي هذه لفلان وتصح في الصورتين (ان ولدت لاقل مدته) وهي ستة أشهر (من وقت الوصية ولا تصح الهبة له) أي للحمل (وان اوصى بأمة الاحملها) بان قال اوصيت لفلان بهذه الجارية الاحملها (صحت الوصية) فتكون الامة للموصى له (والاستثناء) فيكون الحمل لورثة الموصى (وله) أي ويصح للموصى (الرجوع عن الوصية قولا) بان قال رجعت عن وصيتي به له (وفعلا بان باع أو وهب او قطع الثوب) الموصى به (أو ذبح الشاة) الموصى بها (والجحود) من الوصية (لا يكون رجوعا) كذا ذكر في الجامع الصغير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ماذكر في الجامع الصغير محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا في الروايات كلها وماذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ماذكر في الجامع الصغير قول محمد وماذكر في المبسوط قول أبي يوسف وهو الاصح

(باب الوصية بثلث المال ونحوه)

(أوصى لذا بثلث ماله) ولآخر بثلث ماله (ولم تجزه الورثة فثلثه لهما) نصفان (فان اوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما اثلاثا) ثلثا الثلث للموصى له بالثلث وثلث الثلث للموصى له بالسدس

عن حقهما اذلا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق بخلاف ما اذا قال العبد الذى أوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثانى لوجود ما يدل على الرجوع زيلعى اما اذا أوصى بعبد لفلان ثم اوصى به لآخر لا يكون رجوعا در فيما سبق بأن قال اوصيت بهذا العبد لفلان ثم قال اوصيت به لفلان يكون العبد مشتركا بينهما كذا بخط شيخنا (قوله فان اوصى لآخر بسدس) يعنى بعد ان اوصى لزيد بثلث ماله عينى (قوله فالثلث بينهما اثلاثا) لانه لما ضاق عن حقهما قسم بينهما على قدر الحقين فجعل السدس بينهما لانه اقل فصارت ثلاثة لذى السدس سهم وللآخر سهمان لان الثلث عبارة عن سدسين حموى (قوله نصفان عند أبى حنيفه) لان الوصية بأكثر من الثلث اذا لم تجز باطلة فيجعل كانه اوصى لكل بالثلث فتنصف در فلو اجيزت كان للموصى له بالجميع خمسة اسداس فى تخريج أبى يوسف كقول ابى حنيفه لان الثلثين للموصى له بالجميع بلا منازعة واستويا فى الثلث كذا بخط شيخنا ثم رأيت فى حاشية الشلبى ما نصه قال فى الايضاح ليس عن ابى حنيفة فى هذا نص واختلفوا فى قياس قوله عند اجازة الورثة فقال أبو يوسف يقسم المال بينهما اسداسا بطريق المنازعة خمسة اسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث لانه لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيدفع الثلثان لصاحب الجميع بلا منازعة واستوت منازعتهما فى الثلث الخ (قوله وعندهما الخ) لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتناع الاستحقاق لحق الورثه ولا مانع من التفضيل قلنا التفضيل ثبت فى ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه هداية (قوله على أربعة اسهم) لان الثلث واحد والكل ثلاثة فصارت اربعة (قوله ان لا يضرب الخ) مفعول لا يضرب محذوف أى لا يضرب له شيئا زائدا على من أوصى له بالثلث شيخنا عن عزمى ورأيت بخطه ايضا عن المغرب ما نصه ضرب فى الجزور بسهم اذا شرك فيها واخذ منها نصيبا وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اى يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث انتهى (قوله الا فى المحاباة الخ) الفرق للامام بين هذه الصور الثلاث وبين غيرها ان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا كالنصف والثلثين والشرع ابطل الوصية فى الزائد يكون ذكره لغوا فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم تكن مقدرة حيث لا يكون فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين واتفق ان ماله مائة فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة واذا لم تبطل بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب درر وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فتخرج العين الموصى بها من الثلث لان الحق تعلق بنفس العين حتى لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفى الالف المرسلة لو هلكت التركة لا تبطل الوصية بل تنفذ مما يستفاد فلم يكن حق الموصى له متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثه هدايه قال الزيلعى وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث وأجاب الطرابلسى بأنه لا انتقاض لان المحاباة وصية بالثمن لتملكه العين بعقد البيع فصارت بمنزلة الدراهم المرسلة بخلاف الوصية بالعين شلبى (قوله فان صاحب المحاباه) يضرب فى الثلث بجميع المحاباة فاذا كان ثلث ماله ألفا وباع عبدا مثلا قيمته ثلاثة آلاف بألف فقد حصلت المحاباة بأكثر من الثلث فصاحبها يضرب بجميعها وهى ألفان فى الثلث فيكون له ثلث الالف وللموصى له بالثلث ثلثها (قوله فان العبد يضرب بقيمته فى الثلث بالغا ما بلغ) فاذا كان نصف ماله ستة آلاف يكون ثلثه أربعة آلاف فيضرب العبد بستة آلاف قيمته فى أربعة آلاف ثلثه فيكون له ثلاثة اخماسها ألفان وأربعمائة ويكون للموصى له خمساه ألف وستمائة ولو كان هذا كسائر الوصايا عند أبى حنيفة لكان الثلث بينهما نصفين كذا بخط شيخنا (قوله المرسلة) أى المطلقة عن كونها ثلثا أو نصفا او نحوهما در (قوله وقال زفر جاز مطلقا) لان الكل ماله فى الحال وذكر نصيب الابن للتقدير ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب

(وان اوصى لاحدهما بجميع ماله
ولآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة
(فثلث بينهما انصفان) عند أبى حنيفة
رحمه الله وعندهما الثلث بينهما على
أربعة أسهم ثلاثة ارباع للموصى له بالكل
وسهم للموصى له بالثلث (و) أصله ان
(لا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث)
عند أبى حنيفة رحمه الله
اذا لم تجز الورثة
(الا فى المحابات) بان باع المريض
شيئا وحاباه فيه محاباة هى أكثر من
الثلث واوصى لآخر بثلث ماله فان
صاحب المحاباة يضرب فى الثلث
بجميع المحاباة (و) فى (السعاية) بان
اعتق المريض عبدا قيمته مثل نصف
ماله واوصى لآخر بثلث ماله ولم تجز
الورثة فان العبد يضرب بقيمته فى
الثلث بالغا ما بلغ (و) فى (الدراهم
المرسلة) بان اوصى لرجل بالف
ولآخر بخمسمائة ولم تجز الورثة
فالموصى له بالالف يضرب فى الثلث
بالالف والموصى له بخمسمائة
يضرب فى الثلث بخمسمائة فيكون
الثلث بينهما اثلاثا (و) لو اوصى
(بنصيب ابنه) بأن قال أوصيت
لفلان بنصيب ابنى من ميراثى (بطل)
هذا اذا كان له ابن وان لم يكن له ابن
فالوصية جائزة وقال زفر جاز مطلقا

ابنه لان مثل الشئ غيره عينى (قوله وبمثل نصيب ابنه صح) ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا
كان له ابن واحد فان اجازه جاز والا كان له الثلث شلبى عن الغاية وفى الدر عن المجتبى اوصى بمثل نصيب
ابن لو كان فله النصف انتهى قال ونقل المصنف عن السراج ما يخالفه (قوله فان كان له ابنان الخ)
فالاصل انه متى اوصى بمثل نصيب بعض الورثه يزاد مثله على سهام الورثة درعن المجتبى (قوله فله
الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثه لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل
واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعل له مثل ابنه لاان يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك
بأن يجعل الموصى له كاحدهم عينى وفى كلام المصنف تفكيك الضمير فكان ينبغى الاظهار حموى أى
لو أتى بالظاهر مكان الضمير فى قوله فله الثلث بأن قال فللموصى له الثلث لكان أولى (قوله ولو أوصى
بسهم أو جزء) او نصيب او شقص او بعض من ماله فالبيان الى الورثه لانهم خلفاوه فيعطونه ما شاؤا
وجعله السهم كالجزء هنا على اختيار المشايخ بناء على عرفنا وعن أبى حنيفة السدس وعن ابن مسعود
واياس بن معاويه مثله وفيه روايتان على رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقص عن السدس لا الزيادة
وفى الجامع الصغير عكس وفى الهداية منعهما وقال يعطى اخس سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث فله
الثلث حموى وقوله وفى الهداية منعهما أى منع الزيادة والنقصان معللا بأن السهم يذكر ويراد به السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثه فيعطى الاقل منهما كما فى الزيلعى وذكر فى العناية ان ما نقل عن
ابن مسعود من ان السهم هو السدس روى رفعه للنبى صلى الله عليه وسلم وذكر ان اياس ابن معاوية
قاضى البصرة قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس ومافى العينى من قوله وقالا له اخس سهام الوصايا
الخ صوابه سهام الورثة شيخنا (قوله فتعطيه ما شاؤا) لانه مجهول والجهالة لا تمنع صحة الوصية وصورة
المسئلة اذا اوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الاصل يعطى السدس
فى قول أبى حنيفة وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخمس تجعل المسئلة على قوله على ستة
لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب فى أصل
المسئلة مخرج الكسر وهو ستة بلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم فيضرب فى أربعة فهو اربعة وهو
سدس المال بقى عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقى للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل
اخس سهام الورثه وهو واحد على الفريضة وهو أربعة فيصير خمسة ويعطى للموصى له سهما والزوج
سهما وهو ربع الباقى بعد نصيب الموصى له وما بقى فللبنت وانما كان كذلك لان الموصى اوصى بمثل
نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع واما على رواية
الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا قس امثالها وخرجها على الروايتين كذا بخط شيخنا عن العناية
وقوله وعلى قولهما على خمسة أى وتجعل المسئلة على قولهما على خمسة (قوله ثم قال فى ذلك المجلس
او فى مجلس آخر) فيه كلام يعلم بمراجعة البيانية حموى (قوله ويدخل السدس فيه) قال صدر الشريعة
فان قلت قوله ثلث مالى له ان كان اخبارا فكاذب وان كان انشاء يجب ان يكون له النصف عند اجازة
الورثة وان كان فى السدس اخبارا وفى الثلث انشاء فهذا ممتنع أيضا اورد هذا السؤال ولم يجب وأقول
نختار انه انشاء وانما يجب له النصف عند الاجازة لو كان النصف مدلول اللفظ وليس كذلك فان السدس
والثلث فى كلامه شائع وضم الشائع الى الشائع لا يفيد ازديادا فى المقدار بل يتعين الاكثر متقدما كان
او مؤخرا ولهذا قال الجمهور فى تعليله لان الثلث متضمن للسدس فان التضمين لا يتصور الا فى الشائع وضم
السدس الشائع الى الثلث الشائع لا يفيد زيادة فى العدد فلا يتناول أكثر من الثلث وفائدة الاجازة انما
تظهر فيما يكون متناول اللفظ والا كان برا مستأنفا لا اجازة ويقرب من هذا قول أهل المعقول ان ضم
الكلى الى الكلى لا يفيد الجزئية كذا فى الدرر قال شيخنا توضيحه ان كلا من الحيوان والجماد كلى لصدق
كل على كثيرين مختلفين بالحقائق فاذا ضم أحدهما الى الآخر لا يفيد الضم جزئية أحدهما للآخر انتهى

(و) لو أوصى (بمثل نصيب ابنه صح
فان كان له ابنان فله) أى للموصى له
(الثلث) ولو اوصى (بسهم أو جزء من
ماله فالبيان) مفوض (الى الورثة)
فتعطيه ما شاؤا وهذا الذى ذكره
اختيار المشايخ رحمهم الله تعالى
بناء على عرفهم ان السهم كالجزء
اما أصل الرواية فبخلافه فذكر
فى المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من
ماله فله مثل أخس سهام ورثته
الا ان يكون أخس السهام أكثر
من السدس فلا يزاد عليه فى قول أبى
حنيفة رحمه الله وقال فى الجامع
الصغير له أخس سهام الورثة الا ان
يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى
له السدس فعلى رواية الاصل جوز
أبو حنيفة رحمه الله النقصان عن
السدس ولم يجوز الزيادة عليه وعلى
رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على
السدس ولم يجوز النقصان عن
السدس وقالا يعطى للموصى له أخس
سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث
فحينئذ له الثلث كذا ذكره شيخ
الاسلام قوام زاده فى مبسوطه (قال)
رجل (سدس مالى لفلان) وصية
(ثم قال) فى ذلك المجلس أو فى مجلس
آخر (له ثلث مالى) وأجازت الورثة
(له ثلث ماله) ويدخل السدس فيه
(وان قال سدس مالى لفلان ثم قال
السدس مالى

بقي ان ماذكره صاحب الدرر من الجواب عن ايراد صدر الشريعة فيه كلام يعلم بمراجعة الشرنبلالية (قوله له السدس) يعنى سدسا واحدا سواء قال ذلك فى مجلس واحد او فى مجلسين لان المعرف اذا اعيد معرفا كان الثانى عين الاول عينى (قوله فهلك ثلثاه) أى ثلثا الدراهم او الغنم وتذكير الضمير باعتبار المال حموى (قوله وقال زفر) له ثلث ما بقى من ذلك النوع زيلعى وعليه الفتوى حموى لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة و يبقى الباقى كذلك وصار كما اذا كان الموصى به اجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضهم يمكن جمعه فى بعض المتعين فى الجنس الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى البعض الباقى فصار كما اذا أوصى بدرهم او بعشرة دراهم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها اجبارا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك منه على الشركة ان لو استوى الحقان اما اذا كان أحدهما مقدما فالهالك يصرف الى المؤخر تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين زيلعى وقوله لان كل واحد منهما مشترك بينهم أى لان كل واحد من المال الذى هلك ثلثاه والمال الذى لم يهلك شئ منه كذا ذكره بعض الافاضل وفيه تأمل اذ لا شركة للموصى له مع الورثة فى غير الدراهم والغنم فالظاهر ان ضمير التثنية للدراهم والغنم (قوله ولو كان الموصى به رقيقا الى قوله وهو يخرج من ثلث ما بقى) تبع صاحب الهداية فى هذا القيد وهو غير ظاهر اذ لو بقى عبد واحد او ثوب واحد او دار واحدة ولا مال له سوى ذلك يكون للموصى له ثلث الباقى ولهذا اهمل القيد المذكور فى البزازية والخلاصة عن الجامع الصغير وكذا صاحب غاية البيان فعدم التقييد بكون الجنس الباقى فى صورة الجنس المختلف يخرج من ثلث ما بقى من ماله هو الصواب كذا ذكره الشيخ شاهين وتعقبه شيخنا بأن فائدة هذا التقييد بالنظر الى قول الصاحبين ان كان الثلث الباقى يخرج من ثلث ما بقى من ماله كان له جميع ثلث الرقيق والا فبحسابه انتهى (قوله ثم له ثلث ما بقى من الرقيق عند أبى حنيفة) لاختلاف اجناسه لتفاوت افراده فلا يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد درر (قوله وعندهما له كل ما بقى) لانه جنس واحد وان تفاوتت افراده والخلاف مبنى على قسمة الرقيق فعنده لا يقسم الرقيق جبرا وعندهما يقسم (قوله وكذا المكيل والموزون) يعنى المتحد الجنس كما يستفاد من سياق كلامه وذكر فى الدر ضابط المتحد الجنس ومختلفه فما يقسم جبرا من قبيل المتحد وما لا فلا (قوله فان خرج الالف) من ثلث العين دفع الالف اليه لامكان ايفاء كل ذى حق حقه بلا بخس فيصار اليه درر (قوله والا فثلث العين) لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان العين أولى من الدين درر وقيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف انه لا مال له لم يحنث بديون له على الناس ولئن سلمناه فلا نسلم ان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لضمن حصته فيما بقى من المال والجواب عن الاول ان الموصى به ألف اعم من ان يكون مالا فى الحال أو فى المال لان الوصية تتعلق بالتركة وهذا تركة وعن الثانى بأنه شريك الوارث اذا كانت فى غير معين واما فى المعين فالوارث كالمودع لا يضمن الا بالتعدى عناية (قوله وان اوصى بثلثه لزيد وعمرو الخ) هذا اذا خرج المزاحم من الاصل اما اذا خرج بعد صحة الايجاب يخرج بحصته كما اذا قال ثلث مالى لفلان ولفلان بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصى وفلان بن عبد الله غنى كان لفلان نصف الثلث وعن هذا قال الشارح اما اذا كان عمرو حيا ثم مات الخ وأصله انه متى دخل فى الوصية ثم خرج لفقد شرطه فلا يوجب الزيادة فى حق الآخر ومتى لم يدخل فى الوصية لفقد الاهلية كان الكل للآخر كما فى التنوير (قوله لزيد وعمرو) وقد كان هو ميتا هذا احسن من قول الدرر لزيد وبكر الميت ولهذا قال فى الشرنبلالية لو قال وهو ميت لكان اولى لئلا يتوهم ان الصفة من كلام الموصى ويحسن قوله سواء علم موت بكر او لا (قوله لزيد كله) لان

له السدس وان أوصى بثلث دراهمه و) بثلث (غنمه فهلك ثلثاه وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله (له) كل (ما بقى) من الدراهم أو الغنم وقال زفر له ثلث ما بقى هذا اذا كان الموصى به دراهم أو غنما (ولو كان) الموصى به (رقيقا أو ثيابا أو دورا) وهلك ثلثاه وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله (له ثلث ما بقى) من الرقيق أو الثياب أو الدور ثم له ثلث ما بقى من الرقيق عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما له كل ما بقى من العبيد ثم قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فان كانت الثياب من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها والدور المختلفة كالثياب المختلفة عند أبى حنيفة رحمه الله (و) ان أوصى (بألف وله) أى للموصى (مال (عين) أى نقد (ودين) على الناس (فان خرج الالف الموصى به من ثلث العين دفع الالف اليه) أى الى الموصى له (والا) أى وان لم يخرج (فثلث العين) اى دفع ثلث العين (وكلما خرج) أى حصل (شئ من الدين له ثلثه) أى للموصى له ثلث ما حصل (حتى يستوفى) الموصى له الالف (و) ان أوصى بثلثه لزيد وعمرو وهو ميت وقد كان هو ميتا وقت الوصية (فيكون لزيد كله) أى مطلقا سواء علم الموصى موت عمرو او لا وعن أبى يوسف انه اذا لم يعلم بموته

فله نصف الثلث اما اذا كان عمرو حيا ثم مات فلزيد نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الموصى ان مات عمرو قبل الموصى وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته (ولو قال) ثلث مالى (بين زيد وعمرو) فاذا عمرو ميت (لزيد نصفه) ولو اوصى (بثلثه له و) قد كان (لا مال له) أى للموصى (له ثلث ما عملكه) أى للموصى له (عند موته) ولو اوصى (بثلثه لامهات اولاده والحال انهن ثلاث وللفقراء والمساكين يقسم ثلث ماله على خمسة أسهم لهن ثلاثة من خمسة وسهم واحد للفقراء وسهم واحد للمساكين هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يقسم على سبعة أسهم للفقراء سهمان وللمساكين سهمان ولهن ثلاثة أسهم (و) ان اوصى (بثلثه لزيد وللمساكين) بأن قال اوصيت بثلث مالى لزيد وللمساكين (لزيد نصفه ولهم نصفه عندهما وعند محمد ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين والوجه ماذكرنا ولو أوصى بثلثه للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد لا يصرف الا الى مسكينين (و) لو أوصى (بمائة لرجل وبمائة) أخرى (لآخر فقال) الموصى (لآخر) ثالث (اشركتك معهما له) أى للثالث (ثلث كل مائة) فيكون له ستة وستون وثلثا درهم ولكل واحد منهما كذلك (و) لو أوصى (بأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال) الموصى (لآخر) ثالث (اشركتك معهما له) أى للثالث (نصف مال كل منهما) فيكون للأول مائتان وللثانى مائة وللثالث ثلثمائة (وان قال لورثته لفلان على دين فصدقوه) أنتم فيما يقول الدائن ثم مات الموصى ولم يصدقوه (فانه يصدق الى الثلث) اذا ادعى رب الدين أكثر من الثلث هذا فى الاستحسان والقياس ان لا يصدق (فاذا أوصى بوصايا) بعد ما قال لورثته لفلان على دين فصدقوه (عزل الثلث) من ماله

الميت وكذا المعدوم ليس أهلا للوصية فلا يزاحم الحى عينى ودرر (قوله فله نصف الثلث) لان الوصية عنده صحيحة لعمرو أى فى اعتقاد الموصى فلم يرض للحى الا بنصف الثلث بخلاف ما اذا علم لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحى هداية (قوله ان مات عمرو قبل الموصى) قيد فى قوله والنصف الآخر لورثة الموصى حموى (قوله لزيد نصفه) لان مقتضى هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالى لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالى بين فلان وسكت لا يستحق الثلث كله بل نصفه هداية وزيلعى (قوله له ثلث ما عملكه) عند موته لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب درر (قوله لامهات أولاده) أى اللآتى يعتقن بموته أو اللآتى عتقن فى حياته ان لم يكن أمهات أولاد غيرهن لان الاسم لهن فى العرف واللآتى عتقن فى حياته موالى لا امهات أولاد وانما يصرف اليهن عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى بهذا الاسم لا يقال الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيئا وانما تجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا تجوز لامهات أولاده اللآتى لم يعتقن حال حياته لانا جوزناه استحسانا لان الوصية تضاف الى ما بعد العتق لا حال نزول العتق بدلالة الحال لقصده تمليكهن فيصرف اليهن تصحيحا لكلامه (قوله وعند محمد يقسم على سبعة أسهم) لان المذكور فى الفقراء والمساكين لفظ الجمع وادناه فى الميراث اثنان قال تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والوصية أخت الميراث ولهما ان الجمع المحلى يراد به الجنس عند عدم العهد فبطلت الجمعية فيراد به الواحد كقوله تعالى لا تحل لك النساء من بعد وليس له فيما تلى دليل لان المذكور فيه نكرة حتى لو كان ما نحن فيه منكرا قلنا كما قال كذا فى الزيلعى وفيه انهم قالوا المحلى بال الجنسية فى معنى النكرة والتقييد بالميراث فى قوله وادناه فى الميراث اثنان للاحتراز عن الزكاة كما فى العناية فان لفظ الجمع فيها ينصرف للواحد باجماع أصحابنا (قوله وعند محمد) ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين لما مر (قوله له صرفه الى مسكين واحد عندهما) والخلاف فيما اذا لم يشر الى مساكين اذ لو أشار الى جماعة وقال ثلث مالى لهذه المساكين لا يجوز صرفه الى واحد اتفاقا ولو أوصى لفقراء بلخ فاعطى غيرهم جاز على قول أبى يوسف وعليه الفتوى ولا فضل الدفع اليهم وقال محمد لا يجوز شرنبلالية عن الخلاصة وشرح المجمع معزيا للحقائق وكذا لو أوصى لفقراء الحجاج فصرف لغيرهم جامع الفتاوى (قوله وعند محمد لا يصرف الا الى مسكينين) لما ذكرنا (قوله ولكل واحد منهما كذلك) لان نصيبهما متساو وقد أشرك آخر معهما فيكون شريكا لكل منهما فله ثلث مال كل منهما وما فى الدرر من قوله وهو ثلث المائة صوابه ثلثا المائة بتثنية الثلث أو ثلث المائتين بتثنية المئات كما فى الشرنبلالية (قوله للثالث نصف مال كل) منهما لان تحقق المساواة بينهم غير ممكن لتفاوت المالين ولا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس عملا باللفظ بقدر الامكان درر (قوله والقياس ان لا يصدق) لانه أمرهم بخلاف موجب الشرع وهو تصديق المدعى بلا حجة وجه الاستحسان انه سلطه وهو يملك هذا التسليط بالوصية بان يوصى له بالثلث والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف أصل الحق ولا يعرف قدره فيسعى فى فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية فى حق التنفيذ وان كان دينا فى حق المستحق فجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالى ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة درر مع هداية (قوله فان أوصى بوصايا بعد ما قال الخ) عبارة الدرر فان أوصى بالثلث أى مع المقر له قال العلامة عزمى لعل الصواب أى مع قوله المذكور الخ وأقول لا حاجة لهذا التصويب لاستقامة الكلام بدونه غايته ان اللام من المقر له محرفت عن الباء وأصل الكلام أى مع المقر به فتدبر (قوله عزل الثلث الخ) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم

المعلوم

المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفى الافراز فائدة أخرى وهى ان أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون فى الفضل اذا ادعاهم الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما فى يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين فى حق المستحق وصية فى حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر ان فى التركة دينا شائعا فى النصيبين فيؤاخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثى ما أقروا تنفيذا لاقرار كل فريق فى حق نفسه فيلزمه بحصته هداية وغيرها كالزيلعى وقوله وفى العزل فائدة أخرى والفائدة الاولى هى ماذكره بقوله لان ميراثهم معلوم الخ كذا ذكره عزمى زاده وذكر ان عزل من قوله عزل الثلث على صيغة المجهول أى أفرز قال فى القاموس عزله نحاه جانبا فتنحى انتهى بقى لو كانت الوصايا دون الثلث هل يعزل الثلث كله أم بقدر الوصايا لم أره در (قوله لاصحاب الوصايا) عبارة الدرر عزل الثلث لهما أى للمقر له والموصى له وتعقبه عزمى بان الصواب ان يقول بدل قوله لهما للموصى له وأما ايراد الضمير المثنى ثم تفسيره بالمقر له والموصى له فخطأ فى خطأ انتهى (قوله وقيل لكل واحد صدقوه فيما شئتم استشكله الزيلعى بان الورثة لا يلزمهم ان يصدقوه فى أكثر من الثلث وهنا لزم ان يصدقوه فى أكثر منه لاخذ الموصى له الثلث عند استغراق الوصية له ولم يبق فى يدهم من الثلث شئ فوجب ان لا يلزمهم تصديقه قال العلامة المقدسى أقول لما كان له شبهان شبه بالوصية لخروجها مخرجها وشبه بالدين لتسميته اياه دينا فهو دين صورة ووصية معنى فروعى شبه الوصية حين لا وصية فصدقه الورثة الى الثلث وروعى شبه الدين عند وجود الوصية لان التنصيص عليه معها دليل المغايرة فصدق فيما زاد على الثلث مع مراعاة جانب الورثة والموصى له حيث علق بمشيئتهم تعويلا على علمهم فى ذلك واجتهادهم فى تخليص ذمة مورثهم حموى ولابن الكمال فى هذا المقام كلام فليراجع (قوله أخذ الدائن المصدق منهما) أى من الورثة وأصحاب الوصايا (قوله اليمين على العلم) لانه تحليف على فعل الغير شلبى (قوله نصف الوصية الخ) لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فى الاول وبطل فى الثانى بخلاف ما اذا أوصى لحى وميت لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من أهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبى بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح فى حق الاجنبى لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح فى حق من يستحقه منهما أما الاقرار فاخبار عن أمر كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولا فرق فى ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك أو جحدا لاجنبى أو الوارث ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ان لم يتصادقا صح فى حصة الاجنبى لان الوارث مقر ببطلان حقه وحق شريكه فيبطل فى نصيبه ولا يبطل فى نصيب الآخر وقالا اثباته مشترك كما هو المبطل وقد وجد هداية مع عناية (قوله فضاع ثوب) أى بعد موت الموصى شلبى ويشير اليه قول الشارح والوارث يقول الخ (قوله هلك حقك) أو حق أحدكم ولا أدرى من هو فلا أدفع لكم شيئا زيلعى والمراد ان الورثة يجحدون بقاء حق كل منهم بعينه ويقولون حق واحد منهم بطل ولا ندرى من هو وقال العلامة المقدسى وبهذا يدفع اشكال يرد على ظاهر الكلام وهو ان جحدهم حق واحد ينافى جحدهم حق الآخرين فكيف يقبل منهم حموى (قوله بطلت الوصية) لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصى فتبطل كما اذا أوصى لاحد هذين الرجلين زيلعى وقوله كما اذا أوصى لاحد هذين الرجلين يشير الى ان المستحق من قوله لان المستحق مجهول بكسر الحاء على صيغة اسم الفاعل وبه صرح شيخنا (قوله فحينئذ) صحت لان البطلان لجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقى زال المانع عينى (قوله فلذى الجيد ثلثاه الخ) لان الاثنين اذا قسم على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وانما قسم

لاصحاب الوصايا وعزل الثلثان
(للورثة وقيل لكل) واحد من
أصحاب الوصايا والورثة (صدقوه
فيما شئتم) فاذا صدقوه أخذ الدائن
المصدق منهما (وما بقى من الثلث)
المعزول لاصحاب الوصايا (فللوصايا)
لاشتراكهم فيه صاحب الدين ثم على
كل فريق فيهما اليمين على العلم ان ادعى
المقر له الزيادة على ذلك (و) لو أوصى
(لاجنبى ولوارثه) بشئ ولا وارث له
غيره ثم مات فيكون (له) أى للاجنبى
(نصف الوصية وبطل وصية الوارث)
وان كان وارث غيره فان أجاز لا يبطل
أيضا (و) لو أوصى (بثياب متفاوتة
لثلاثة) بان قال أوصيت لفلان بهذا
الثوب الجيد ولفلان بهذا الثوب
الوسط ولفلان بهذا الثوب الردئ ثم
مات (فضاع ثوب ولا يدرى) أى من
الثياب ضاع (و) الوارث يقول لكل)
واحد من أصحاب الوصايا (هلك حقك
بطلت) الوصية (الا ان يسلموا ما بقى)
من الثياب فح يقسم بينهم (فلذى الجيد
ثلثاه) أى ثلثا الجيد من الثوبين
(ولذى الردئ ثلثاه) أى ثلثا الردئ
من الثوبين

هكذا طلبا للتسوية فى ايصال الحق الى كل واحد فصاحب الجيد لاحق له فى الرديء بيقين وصاحب الرديء لاحق له فى الجيد بيقين وصاحب الوسط يحتمل ان يكون حقه فى الجيد بان كان الهالك أجود ويحتمل ان يكون فى الرديء بان كان الهالك أردى ويحتمل ان لا يكون له حق فيهما بان كان الهالك هو الوسط فيعطى كل واحد منهم حقه من محله يحتمل ان يكون هو له على ماذكرناه عيني وقال الرازى على ما نقل عنه الحموى أما صاحب الجيد فانه لاحق له فى الرديء بيقين فيأخذ من الجيد وأما صاحب الرديء فانه لاحق له فى الجيد بيقين فيأخذ من الرديء وأما صاحب الوسط فلان كل واحد من صاحب الجيد والرديء لما أخذ ثلثي الجيد والرديء فما بقى فهو لصاحب الوسط ضرورة انتهى بتصرف (قوله ولذى الوسط ثلث كل) لان الهالك ان كان أرفع من هذين الباقيين كان حقه فى الجيد منهما وان كان أردى كان حقه فى الرديء منهما فتردد حقه بينهما فأخذ من كل منهما ثلثا وهو الباقى بعد أخذ الآخرين قال العلامة المقدسى هكذا ذكروا من غير ذكر خلاف ويشكل عليه ما فى البدائع لو كان له عبدان فأوصى بأرفعهما لرجل بأخسهما الآخر ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو فالوصية بطلت فى قول أبى حنيفة وزفر اجتمعا على أخذ الباقى أم لم يجتمعا وقال أبو يوسف ان اجتمعا على أخذ الباقى فهو بينهما على السوية والا فلا شئ لهما وعن أبى يوسف انه بينهما نصفان اجتمعا أو لم يجتمعا فليتأمل (فرع) من التمرتاشى أوصى بأفضل الاثواب الثلاثة وهى متساوية بطلت ولو كان اقرارا دفع واحد منها للمقر له حموى (قوله وعند محمد له نصف البيت الخ) لانه أوصى بملكه وملك غيره فينفذ فى ملكه ويتوقف الباقى على اجازة صاحبه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصف البيت لانه عين ما أوصى به وان وقع فى نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت ولهما انه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة فيتعين اذا وقع فى نصيبه ولا فله مثل ذرعه ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهو بنصف الدار الا نصف البيت الذى صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم عيني (قوله والاصح انه على الاتفاق) والفرق لمحمد ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى لو تملكه بعده أمر بالتسليم الى المقر له أما الوصية بملك الغير فلا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ شرنبلالية عن الكافى فما فى الولوالجية أوصى بعبد فلان ثم ملكه ثم مات تبقى الوصية مشكل الان يراد انها تبقى الى ان يجيز المالك فيكون عطية منه لا وصية حقيقة له فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات حموى وقوله الى ان يجيز المالك يعنى الوارث (قوله ويجوز له المنع) بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته فاذا أجاز كان تبرعا منه أيضا فله ان يمتنع من التسليم لانه لم يتم بعده فأشبه الهبة قبل التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للوارث أو للقاتل واجازت الورثة لان الوصية صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصى درر (قوله وهو القياس) لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف وما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما ز يلعى وجه الاستحسان انه أقر له بثلث شائع فى التركة وهو فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده وبثلث ما فى يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه دون حق أخيه عيني بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره حيث يأخذ كل ما فى يده اذا كان الدين مستغرقا له شرنبلالية لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه أما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا اذا سلم للوارث مثلاه ولانه لو أخذ

(ولذى الوسط ثلث كل) أى كل واحد من النوبين يعنى ثلث الرديء وثلث الجيد (و) لو أوصى (ببيت معين من دار مشتركة) بين الموصى وبين الآخر ثم مات الموصى (وقسم الدار (ووقع) البيت المعين (فى حظه فهو) أى البيت (للموصى له والا) أى وان لم يقع البيت الموصى به فى نصيب الموصى فللموصى له (مثل ذرعه) فيما أصاب الموصى من الدار وهذا عندهما وعند محمد له نصف البيت ان وقع فى نصيبه وان لم يقع فى نصيبه فله مثل ذرع نصف البيت (والاقرار مثلها) أى مثل الوصية فى الحكم الذى بين وقيل على هذا الخلاف والاصح انه على الاتفاق (و) رجل لو أوصى (بألف عين من مال) رجل (آخر فاجاز) رب المال بعد موت الموصى (الوصية صح و) يجوز له (المنع) أيضا (بعد الاجازة و) صح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه (فى ثلث نصيبه) استحسانا وقال زفر يعطيه نصف نصيبه وهو القياس (و) لو أوصى (بأمة فولدت بعد موته) ولدا قبل القسمة (وقد خرجا من ثلثه) أى ثلث ماله (فهما له) أى للموصى له (والا) أى وان لم يخرجا من ثلث ماله (أخذ) الموصى له ثلث المال (منهما ثم) ان فضل شئ (منه) أى من الولد

منه

منه نصف مافى يده فر بما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف مافى يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث هداية قال الشلبى نقلا عن قارى الهداية وفيه نظر (قوله هذا عند أبى حنيفة وعندهما تنفذ وصيته منهما الخ) كذا فى الهداية والكافى وجعل فى الجوهرة الخلاف على العكس شرنبلالية (قوله منهما على السواء) لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله فلا يخرج عنها بالانفصال وله ان الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل عينى وصورته رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة فولدت ولدا يساوى ثلثمائة بعد موت الموصى حتى صار ماله ألفا ومائتين فثلث المال أربعمائة فعند أبى حنيفة له الام وثلث الولد وعندهما ثلثا كل منهما هداية (قوله فهو للموصى له) لانه نماء ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة هداية (قوله والكسب كالولد الخ) يعنى بان كان مكان الولد كسب (قوله والاصل فى هذا الباب الخ) تمهيد لما سيأتى من قوله ولو أوصى لابنه الكافر الخ كذا ذكره بعض الافاضل واعلم ان فى التفرقة التى ذكرها الشارح بين الوصية والاقرار نظرا لانها لا تلائم ماسيأتى من قول المصنف ولو أوصى لابنه الكافر أو الرقيق الخ اذ قوله كهبته واقراره صريح فى ان العبرة ليوم الموت فى الاقرار أيضا كالوصية اللهم الا ان يقال ماذكره من التفرقة يستقيم بالنسبة لما اذا أقر لاجنبية ثم نكحها (قوله أو الرقيق مطلقا) أى سواء كان قنا أو مدبرا أو مكاتبا هذا هو المراد وان لم يكن لهذا الاطلاق مقابل فى كلامه حموى ولا يخفى ان الاطلاق شامل لام الولد (قوله أو اقراره له) أى لكل من ابنه الكافر أو الرقيق وكان الظاهر تثنية الضمير حموى أما اذا كان الابن كافرا فلا اشكال فيه وأما اذا كان رقيقا فان كان عليه دين لا يصح الاقرار له لانه وارث عند الموت وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذا العبد لا يملك عينى (قوله وروى ان الهبة تصح) لانها تمليك فى الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو اجنبى بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو وارث عنده زيلعى (قوله بمنزلة الوصية) لانها وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكاه زيلعى (قوله الذى سل انثياه) فيه نظر لانه لا يناسب هنا لان الكلام فى المريض والذى نزعت خصيتاه لا يسمى مريضا حموى وأقول ماذكره الشارح حكاه الحموى فى شرحه عن المطرزى وهو وان لم يكن من مسمى المريض لكن لا مانع من اعطائه حكمه فلا يسلم له ما ادعاه من عدم المناسبة فتدبر (قوله وان لم يتطاول ويخاف) * الظاهر ان يقال أو يخاف اذ مدار الاعتبار من الثلث على وجود أحد الامرين لا مجموعهما فتدبر

(باب العتق فى المرض)

الاعتاق فى المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل درر (قوله فى البيع) ليس البيع قيدا بل كذلك المحاباة فى الشراء والاجارة والاستئجار والمهر فلو أبقى كلام المصنف على اطلاقه لكان أولى كذا قيل وتعقب بان فيه مخالفة لقول ابن وهبان واجارة ذى ضعف من الكل جائز ولو ان أجرا المثل من ذاك أكثر (قوله فى حق الاعتبار الخ) لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة فى الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه فى حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو فى حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اذ المعتبر حالة الاضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرفات كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض برئ منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء تبين انه ليس مرض الموت زيلعى وقوله وما نفذه من التصرفات

هذا عند ابى حنيفة وعندهما تنفذ وصيته منهما على السواء هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له وان ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع ماله كما ولدت بعد القسمة ومشايخنا انهم قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول وان ولدت قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية والكسب كالولد فى جميع ماذكرنا والاصل فى هذا الباب كما ان يكون الموصى له وارثا أو غير وارث يعتبر يوم الموت لا يوم الاقرار (و) لو أوصى (لابنه الكافر أو الرقيق) مطلقا (فى مرضه) أى مرض موته (فأسلم) الكافر (أو عتق) الرقيق قبل موته (بطل كهبته واقراره) أى بطل ايصاؤه كما بطل هبة المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو اقراره له اذا أسلم أو أعتق قبل موته وروى ان الهبة تصح وفى عامة الروايات الهبة فى مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح (والمقعد والمفلوج) يقال فلجت الشئ فلجتين أى شققته نصفين ومن المفلوج لانه ذهاب النصف كذا فى المغرب (والاشل والمسلول) والمرقوق ويجوز أن يكون المراد المسلول الذى سل أنثياه أى نزعت خصيتاه (ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت) بان استحكم وصار بحيث لا يزداد بعده (فهبته) أى هبة كل واحد من المذكورين معتبرة (من كل المال والا) أى وان لم يتطاول ويخاف منه الموت بحيث يزداد المرض حالا فحالا الى أن يكون آخره الموت (فمن الثلث) ومدة التطاول مقدر بالسنة والمراد منه الخوف الغالب لا نفس الخوف فلو صار صاحب فراش بعده صار بمنزلة حدوث المرض

(باب العتق فى المرض)

أى مرض الموت (تحريره فى مرضه ومحاباته) فى البيع (وهبته وصية) فى حق الاعتبار من الثلث (ولم يسع) العبد (ان أجيز) حتى لو ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد أعتقه فى مرض موته فأجاز الوارثان العتق لم يسع فى شئ

(فان حابى فحرر فهى أحق) من العتق صورته اذا باع رجل فى مرض موته عبدا من رجل بألف درهم وقيمته ألفان ثم أعتق عبدا له آخر يساوى ألفا ولا مال له غيرهما فالمحاباة أولى من العتق فيسلم العبد للمشترى بألف ويسعى العبد فى قيمته لورثته (وبعكسه استويا) أى ان أعتق ثم حابى والصورة الباقية على حالها فهما سواء فيسعى العبد فى نصفه بخمسمائة ويعتق النصف الآخر مجانا وتكون المحاباة بقدر خمسمائة وهذا عند أبى حنيفة وقالا العتق أولى فى المسئلتين وقال زفر الاوّل أولى (وان أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد) للموصى (فهلك منها درهم لم تنفذ) الوصية فلم يعتق عنه بما بقى عند أبى حنيفة وقالا يعتق عنه بما بقى (بخلاف الحج) أى لو أوصى بحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج بما بقى من حيث يبلغ وان لم يهلك شئ حج عنه بها وان بقى شئ من الحجة يردّ على الورثة (و) ان أوصى (بعتق عبده فمات) الموصى (فجنى) العبد (ودفع) الى ولى الجناية (بطلت) الوصية (وان فدى) الورثة (لا) تبطل الوصية (و) ان أوصى (بثلث ماله لزيد) ثم مات (وترك عبدا) ومالا ووارثا (فادّعى زيد عتقه أى) عتق العبد (فى صحته و) ادّعى (الوارث) عتقه (بمرضه فالقول للوارث) مع يمينه (ولا شئ لزيد الا ان يفضل من ثلثه) أى ثلث ماله شئ على قيمة العبد فح يكون الفاضل لزيد (أو يبرهن) الموصى له (على دعواه) وهو انه أعتق العبد فى صحته فيكون لزيد ثلث سائر أمواله (ولو) ترك وارثا وعبدا و(ادعى رجل دينا) على أبيه (و) ادعى (العبد عتقا) فى صحته (وصدقهما) أى الدائن والعبد (الوارث سعى) العبد (فى قيمته) عند أبى حنيفة وعندهما يعتق ولا يسعى

أى نجزه فى الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت كما فى العناية وغاير بين الضمان والكفالة بالعطف لكون الضمان أعم فان من الضمان ما لا يكون كفالة بان قال لاجنبى خالع امرأتك على ألف على انى ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على انى ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبى لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى عناية (قوله فان حابى فحرر) أى وقع التحرير بعد المحاباة سواء كان عقبه أو تراخى عنه وعلى هذا لو قال فان حرر بعد ما حابى لكان أولى حموى والمحاباة من الحباء وهو العطاء عينى (قوله فهى أحق) لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته حتى يأخذ الشفيع أى بالشفعة ويملكه العبد والصبى المأذون لهما أى يملك البيع بالمحاباة والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة أوّلا دفع الاضعف واذا وجد العتق أوّلا وثبت وهو لا يحتمل الرفع كان من ضرورته المزاحمة وفى عتقه بين المحاباتين قسم الثلث بينهما نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيستويان وفى المحاباة بين عتقين قسم الثلث بين العتق الاوّل والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى زيلعى وشلبى (قوله ولا مال له غيرهما) قيد به لانه لو كان له مال غيرهما وخرجت المحاباة والعتق من الثلث فانهما ينفذان (قوله فالمحاباة أولى من العتق الخ) فيصرف الثلث اليهما (قوله وقالا العتق أولى فى المسئلتين) لانه لا يحتمل الفسخ والمحاباة تحتمله وما فى الزيلعى من قوله وقالا هما يعنى العتق والمحاباة سواء فى المسئلتين وتبعه العينى تعقبه الشلبى بانه غير صواب والصواب ما ذكره فى اثناء الكلام مما يدل على أن العتق أولى عندهما فقال فى أواخر هذه الصفحة فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى وقال فى الصفحة الآتية فى آخر هذه المقالة وعندهما العتق أولى فى الكل الخ وكذا نبه على هذا التصويب الشيخ قاسم على ما وجدته بخط الشيخ شاهين (قوله وقال زفر الاوّل أولى) محاباة كان أو عتقا (قوله نائبا عنه) صفة موصوف محذوف معمول لاوصى اى أوصى شخصا نائبا عنه كذا ذكره شيخنا (قوله وقالا يعتق عنه بما بقى) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ فى غير الموصى له بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما لو أوصى بمائة لرجل فهلك بعضها يدفع اليه الباقى وقيل هذه المسئلة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فاختلف المستحق قال الزيلعى وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل لانكاره (قوله بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى وحق الموصى له الخ الدرر والمراد بالموصى له هو العبد نفسه كما فى الزيلعى (قوله وان فدى) لا تبطل لان العبد طهر عن الجناية بالفداء وكان الفداء فى مالهم لانهم هم الذين التزموه درر وطهر بالطاء المهملة من الطهارة على ما صححه فى غاية البيان (قوله فالقول للوارث) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاق ثلث ماله غير العبد فالقول قول المنكر مع اليمين عينى ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات هداية (قوله فيكون لزيد ثلث سائر أمواله) لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه وكذا العبد كما فى العينى لان العتق حقه (قوله وادعى العبد عتقا فى صحته الخ) فان ادعى عتقا فى مرضه والمسئلة بحالها سعى بالاولى ويجوز أن يقال تقييد الشارح بقوله فى صحته ليترتب عليه خلاف الصاحبين اذ لا خلاف لهما فى وجوب السعاية عليه اذا ادعى العتق فى مرضه على ما يشير اليه ما سيأتى عن الدرر فى الكلام على قول الشارح وعندهما يعتق ولا يسعى (قوله وعندهما يعتق ولا يسعى) فى شئ لان العتق والدين ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد

فصار

فصار كأنهما ثبتا بالبينة ومن اعتق عبدا في صحته فمات وعليه دين لم يسع العبد له فهذه مثله وله أن الاقرار بالدين أقوى ولهذا يعتبر من كل المال في جميع الاحوال وهو ليس بوصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض بمنزلة الوصية حتى اعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فمقتضاه أن يبطل العتق اصلا لكنه بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بايجاب السعاية درر (قوله ويدفع القيمة الى الغريم) وهو مدعى الدين عيني (قوله قدمت الفرائض) ويقدم الاقوى فالاقوى حتى يقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها أقوى واكثر تغليظا منهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اغلظ واقوى زيلعي (قوله وان تساوت في القوة يبدأ بما بدأ به) لانه انما يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة أو حج او صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء ولو فعل ذلك نسب الى الخفة زيلعي (قوله يبدأ بالحج) لانه يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال فقط هداية والحج بكسر الحاء المرة الواحدة وهو من الشواذ لان القياس الفتح كذا في الصحاح حموي عن المفتاح (قوله تقدم عليه الزكاة) لانها تعلق بها حق العبد هداية (قوله ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات) لرجحانهما عليها لانه قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وقال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وتقدم صدقة الفطر أيضا على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذور بايجاب العبد والنذور تقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذر زيلعي مع عناية (قوله من بلده الخ) لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب عيني (قوله لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا) فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه عيني (قوله وفي القياس لا يحج عنه) لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن زيلعي (قوله يحج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وزفر واذا حجوا عنه من موضع آخر فان كان اقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة زيلعي (قوله وعندهما من حيث يبلغ استحسانا) لان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كانه من أهله وله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده اداء للواجب على الوجه الذي وجب كذا في الهداية قال العيني وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لان وطنه حيث حل (قوله لانه لو خرج للتجارة الخ) لان سفر التجارة لم يقع قربة كذا في الهداية وهذا التعليل يشير الى ان المراد من سفر التجارة ما اذا نوى التجارة فقط والا فلو جمع بينها وبين الحج فهو قربة ولو كان دون الاول حموي عن المقدسي (قوله والحاج عن غيره مثله) حتى يحج عنه ثانيا من وطنه عند أبي حنيفة وعندهما من حيث مات الاول

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

انما أخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر احكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتلوا العموم وجودا فكذا ذكرا وكذا أوجب أئمة الميزان تقديم الجنس على الفصل حموي (قوله جيرانه ملاصقوه) كان الظاهر البدأ بالوصية للاقارب نظرا

(ويدفع) القيمة (الى الغريم) وهي ... (أوصى (بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) منهما (وان أخرها) الموصى في الوصية (كالحج والزكوة والكفارة وان تساوت) الحقوق (في القوة بدأ بما بدأ به) الموصى اذا ضاق عنها الثلث واختلف الروايات عن أبي يوسف في الحج والزكوة (وفي) رواية عنه يبدأ بالحج وان أخره وفي رواية عنه انه تقدم عليه الزكاة بكل حال ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات بعد الزكاة وروى الحسن عن أصحابنا ان العتق وبعد للحج (و) لو أوصى (بحجة الاسلام أحجوا) أي بعثوا الحاج نائبا (عنه رجلا من بلده) أي بلد الموصى حال كونه (يحج راكبا) قيد به لانه لا يلزم ان يحج ماشيا (والا) أي ولم يبلغ النفقة من بلده (فمن حيث يبلغ) أحجوا عنه استحسانا وفي القياس لا يحج عنه (ومن خرج من بلده) حال كونه (حاجا فمات في الطريق و) قد أوصى بان يحج عنه (حج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وزفر وعندهما يحج عنه من حيث يبلغ استحسانا وقيد بقوله حاجا لانه لو خرج للتجارة فانه يحج عنه من بلده اتفاقا (والحاج عن غيره مثله) أي مثل من خرج من بلده حاجا [illegible] وخلافا

* (باب الوصية للاقارب وغيرهم) * (جيرانه ملاصقوه) حتى لو أوصى لجيرانه يدخل فيهم الملاصقون بداره عند أبي حنيفة وزفر

وهو القياس وفى الاستحسان وهو قولهما الوصية لكل من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة فقال الشافعى الجوار الى اربعين دارا ثم قالوا استوى فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمى والصغير والكبير ولايدخل فيه العبيد والاماء والمدبرون وأمهات الاولاد ويدخل المكاتب كذا فى الزيادات والمحيط من غير ذكر خلاف وذكر فى الهداية ويدخل فيه العبد الساكن عنده ولايدخل عندهما (واصهاره كل ذى رحم محرم من امرأته) هذا تفسير اختيار محمد وأبى عبد الله وكذا يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذى رحم محرم منه (وانما يدخل) تحت الوصية من كان صهر الموصى يوم موته بان كانت المرأة منكوحة له عند الموت أو معتدة عنه بطلاق رجعى حتى لومات الموصى والمرأة فى نكاحه أوفى عدته من طلاق رجعى فالصهر يستحق الوصية (وان) كانت فى عدة من طلاق بائن أوثلاث فلا يستحقها (واختانه زوج كل ذى رحم محرم منه) كازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذى رحم محرم من أزواج هؤلاء كذا ذكره محمد قيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لايتناول الاازواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد (وأهله زوجته) حتى لوأوصى لاهله فالوصية لزوجته عند أبى حنيفة وعندهما لمن كان فى عياله ونفقته (وآله أهل بيته وجنسه أهل بيت أبيه) فلوأوصى بجنسه أولاهل بيته أولآله يدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام والاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير سواء ولايدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أم الموصى والاب الاكبر لوكان حيا لايدخل تحت الوصية ولوأوصت بجنسها اولاهل بيتها لايدخل ولدها الاان يكون أبوه من قومها (وان اوصى لأقاربه اولذى قرابته اولارحامه ولانسبائه) عند أبى

الى الترجمة وأجيب بان الواو لاتفيد ترتيبا وبانه بدأ بالكلام على الجار اهتماما به (قوله وهو القياس) لانه مأخوذ من المجاورة وهى الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه حتى لايستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار زيلعى . قوله بسقبه أى بقربه درر (قوله ويجمعهم مسجد المحلة) لان الكل يسمون جارا عرفا أوشرعا قال عليه الصلاة والسلام لاصلاة لجار المسجد الا فى المسجد فسر بكل من سمع النداء زيلعى (قوله ويستوى فيه الساكن والمالك) يعنى اذا كان ساكنا كذا بخط شيخنا (قوله والذكر والانثى ويدخل فيه الارملة) لا سكناها يضاف اليها الاالتى لها بعل لانها تبع لزوجها فلم تكن جارا حقيقة عينى (قوله ولايدخل فيه العبيد الخ) لانهم لاجوار لهم لانهم اتباع فى السكنى شرنبلالية (قوله ويدخل المكاتب) لان استحقاق مافى يده والاختصاص به ثبت له ولايملكه المولى الا بالتمليك منه الاترى أنه تجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف المدبر والقن وأم الولد زيلعى (قوله ويدخل فيه العبد الساكن عنده الخ) لهما ان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار وللامام ان مطلق هذا الاسم يتناوله زيلعى (قوله واصهاره كل ذى رحم الخ) قال الحلوانى هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فيختص بابوى المرأة عناية وغيرها وأقره القهستانى لكن جزم فى البرهان وغيره بالاول واقره فى الشرنبلالية در (قوله كل ذى رحم محرم من امرأته) لانه عليه الصلاة والسلام لما تزوج جويرية أعتق كل من ملك من ذى رحم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبى صلى الله عليه وسلم وما فى الهداية وغيرها من ذكر صفية بدل جويرية وهم كما ذكره ابن العز فانه ثبت أنه صلى الله عليه وسلم اغار على بنى المصطلق وهم غارون وكان من جملة السبى جويرية بنت الحارث سيد القوم وقعت فى سهم ثابت ابن قيس فكاتبها فادى عنها عليه السلام وتزوجها كذا بخط شيخنا وللشرنبلالى فى هذا المقام كلام فليراجع (قوله هذا تفسير اختيار محمد) انما قال هذا تفسير الخ لان الصهر فى اللغة يجى بمعنى الختن أيضا كما فى العناية وقال العينى فى شرح الهداية قال الاتزارى قول محمد أى ابن الحسن حجة فى اللغة استشهد به أبو عبيد فى غريب الحديث شرنبلالية (قوله وان كانت فى عدته من طلاق بائن أوثلاث فلا يستحقها) وان ورثت منه بأن يكون الطلاق فى المرض عناية (قوله واختانه زوج كل ذى رحم الخ) قال فى الدر كذا النسخ والموافق لعامة الكتب ذات انتهى (قوله وفى عرفنا الخ) زاد القهستانى وينبغى فى دارنا ان يختص الصهر بأبى الزوجة والختن بزوج البنت لانه المشهور در (قوله وأهله زوجته) ينظر حكم مالو أوصت لاهلها هل يكون الزوج لا غير حموى (قوله وعندهما ان كان فى عياله) الا المملوك فانه مستثنى كما فى العينى زاد الشرنبلالى الوارث اعتبر الصاحبان العرف وهو مؤيد بالنص قال تعالى وأتونى بأهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة كذا فى الهداية ومافى الكافى من تأخير دليلهما يقتضى ترجيح قولهما كما ذكره الحموى ولهذا انتصر ابن الكمال فى اصلاح الايضاح فى دليل الامام بانه لادلالة فيه على الاختصاص لكن سياق كلام الشيخ أكمل الدين فى العناية يقتضى ترجيح مذهب الامام فالقولان مرجحان وفى الدر عن شرح التكملة ان قولهما استحسان (قوله يدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه) لان الجنس عبارة عن النسب والنسب الى الآباء ألاترى ان ابراهيم بن النبى صلى الله عليه وسلم كان هاشميا وان كان ولده من مارية وكذلك الخلفاء ولدوا من الاماء جميعا الاما شذ وكانوا عباسيين صالحين للخلافة غاية البيان (قوله ولا أحد من قرابة أم الموصى) لانهم لاينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر (قوله والاب الاكبر لوكان حيا) لايدخل هذا على مافى الكافى كما فى الزيلعى معللا بان الوصية للمضاف لاللمضاف اليه (قوله لايدخل ولدها الاان يكون أبوه من قومها) هذا صريح فى ان الشرف من الام فقط غير معتبر كما فى أواخر فتاوى بن نجيم وبه أفتى الشيخ خير الدين الرملى نعم له مزية فى الجملة در (قوله أولذى قرابته) كذا فى التنوير والصواب لذوى كما فى الدر (قوله فهى عند أبى

عنده

حنيفة للاقرب فالاقرب الخ) اعتبر أبو حنيفة الاقربية لان الوصية اخت الميراث وهى تعتبر فى الميراث
وانما اعتبر المحرمية لان المقصود من الوصية صلة القريب ليتلافى ما فرط فى اقامة واجب الصلة والوجوب
مختص بذى الرحم المحرم فيختص بها من يستحق الصلة من قرابته درر وزيلعى (قوله ان الجد وولد الولد
لا يدخل) قال فى البدائع وهو الصحيح كذا فى حاشية السيد الحموى عن العلامة قاسم لكن رأيت بخطه
فى مسودة شرحه ان الدخول هو الاصح (قوله ولا يدخل فيه الوالدان الخ) اذ لا يطلق عليهما اسم
القريب ومن سمى والده قريبا كان عاقا لان القريب فى العرف من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب
الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه كذا فى النهاية واعلم ان
عدم دخول الوالدين والولد والوارث مما لا خلاف فيه بينهم بخلاف قوله ويكون للاثنين فصاعدا فانه
بالنسبة لمذهب الامام فقط بدليل قول الشارح وعندهما يستوى فيه الواحد والجمع ووجه اعتباره
عند الامام ان الجمع المذكور فى الميراث اثنان فكذا فى الوصية كما فى الدرر وغيرها ومحل الخلاف
فى الجمع ما اذا لم يقل الاقرب فالاقرب اما لو قال مع ما ذكر من الالفاظ الاقرب فالاقرب لا يعتبر الجمع اتفاقا
شرنبلالية (قوله وعندهما يدخل فى الوصية كل قريب الخ) لان الاسم شامل للكل وللامام ان الوصية
أخت الميراث الخ ما سبق (قوله أو من قبل الام) هذا ظاهر فى الاقارب ونحوه وأما فى الانساب فمشكل
لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا زيلعى والجواب ان المراد بالانساب
حقيقة النسبة وهى ثابتة من الام كالاب ولا يلزم من نسبة الولد الى أبيه بالدعوة ترجيح الجانب انقطاعه
عن الام شلبى (قوله قيل يشترط وقيل لا) وفائدة الخلاف تظهر فى مثل أبى طالب وعلى اذا وقعت الوصية
لاقرباء أحد من أولاد على فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى أولاد أبى طالب ومن شرط اسلامه
صرفه الى أولاد على لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام زيلعى وقوله صرفه
الى أولاد أبى طالب ليس المراد تخصيصهم بالصرف اليهم وان كان كلامه يوهم ذلك فيشكل بما ذكره
الشارح من قوله يدخل فى الوصية كل قريب ينسب اليه بل المراد أدخلهم فى الصرف ولو قال كما قال
العينى وأولاد أبى طالب يدخلون على قول من شرط ادراك الاسلام لكان أولى (قوله لعميه) لانهما
أقرب كما فى الارث عينى (قوله ارباعا) لان اسم القريب يتناولهم ولا يعتبران الاقربية درر (قوله
ولهما النصف) لانه لابد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية فيضم الى العم الخال لان ليصير
جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما بخلاف ما اذا أوصى لذى
قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحوز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب زيلعى
(قوله ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث) ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع
وأدناه اثنان فى الوصية زيلعى (قوله استويا) لاستواء قرابتهما وهى أى قرابة العمومة أقوى والعمة
وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا هداية ولا حاجة الى الضم
اليهما لكمال النصاب بهما وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما
عرف من مذهبهما زيلعى (قوله فالوصية باطلة عند أبى حنيفة) لانها مقيدة بهذا فلابد من مراعاته
زيلعى (قوله فالكل للعم) لان اللفظ مفرد كما سبق (قوله على السواء) لان اسم الولد يشمل الكل) وليس
فى اللفظ شئ يقتضى التفضيل زيلعى ويدخل الحمل لانه ولد الا ترى انه اذا ولد حيا يرث حموى عن الرمز
(قوله كان الثلث كله له) أى لولده لصلبه الخ ولو كان أنثى كما فى الشرنبلالية عن السرخسى وفى الدر
له بنات لصلبه وبنوا ابن فهى للبنات عملا بالحقيقة يكون اولويا ولو عبر بالبنت مكان البنات بان قال له
بنت لصلبه الخ لكان أولى فلو تعذرت الحقيقة صرف للمجاز تحرزا عن التعطيل ولا يدخل أولاد البنات
وعن محمد يدخلون انتهى معزيا للاختيار واعلم ان ما ذكره الشارح من قوله وان لم يكن لفلان الا ولد
واحد كان الثلث كله له موافق لما فى الشرنبلالية عن السرخسى كما سبق لكن ذكر الكرخى فى

حنيفة (للاقرب فالاقرب من كل ذى
رحم محرم منه) ويدخل فيه الجد والجدة
وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن ابى
حنيفة وابى يوسف ان الجد وولد الولد
لا يدخل (ولا يدخل فيه الوالدان والولد
ويكون للاثنين فصاعدا ويستوى
فيه الصغير والكبير والحر والعبد
والذكر والانثى والمسلم والكافر
وعندهما يدخل فى الوصية كل قريب
ينسب اليه من قبل الاب او من قبل
الام الى اقصى اب له فى الاسلام يستوى
فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع
والكافر والمسلم وهل يشترط اسلام
الاب الاقصى قيل يشترط وقيل
لا ولكن يشترط ادراك الاسلام عنده
وعندهما ان يكون له اقصى اب فى
الاسلام وعند الشافعى الاب الادنى
(فان اوصى لاقاربه وكان له عمان
وخالان فهى لعميه) عند ابى حنيفة
وعندهما يقسم بينهم ارباعا ولو كان
له (عم وخالان له النصف ولهما
النصف) ولو كان له عم واحد فله
نصف الثلث (ولو) كان له (عم وعمة
وخال وخالة (استويا) اى العم والعمة
ويكون بينهما نصفين وان لم يكن
ذو رحم محرم فى هذه المسائل
فالوصية باطلة عند ابى حنيفة ولو اوصى
لذى قرابته لا يشترط فيه جمع حتى
لو كان له عم وخالان فالكل للعم عنده
(و) لو أوصى (لولد فلان فالوصية
للذكر والانثى على السواء) وان لم
يكن لفلان الا ولد واحد كان الثلث
كله له

مختصره ما يخالفه كما في الشرنبلالية أيضا ونصه وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذى لصلبه نصف الثلث ذكرا كان أو أنثى وكان ما بقي لولد ولده ومن بعدهم ممن قرب بالسوية الذكر والانثى فيه سواء وهذا على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف انتهى واعلم ان الاختلاف في كون الولد الصلبى هل يختص بالوصية أم لا محله اذا وقعت الوصية بلفظ ولد بان قال أوصيت لولد فلان بكذا يدل عليه وضع المسئلة التى حكى الشرنبلالي الخلاف فيها بين السرخسى والكرخى لان الولد ذكر فيها بصيغة الافراد ولهذا فرق في الدر المختار في فصل الوقف على الاولاد من كتاب الوقف بين ما لو ذكر الولد مفردا أو جمعا ولم يحك خلافا ونصه ملخصا جعل وقفه على ولده اختص بالصلبى الا ان لا يكون له صلبى حين الوقف بخلاف ما لو قال على أولادى حيث يشمل الاقرب والابعد الا ان يذكر ما يدل على الترتيب انتهى فهذا يقتضى ان الارصاد بلفظ أولاد فلان يشمل الصلبيين وغيرهم وبه أجبت (قوله للذكر مثل حظ الانثيين) لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث كذا في الهداية قال العلامة المقدسى وأقول الدليل أخص من المدعى لان من الورثة من يكون الذكر كالانثى كأولاد الام انتهى وشرط هذه الوصية وما في معناها كعقب فلان موت الموصى لورثته قبل موت الموصى والا بطلت بخلاف الولد لان الورثة والعقب انما يكون بعد الموت ثم ان كان معهم موصى له آخر كقوله أوصيت لفلان ولورثته أو عقبه كانت الوصية كلها لفلان الموصى له دون ورثته وعقبه لان الاسم لا يتناولهم الا بعد الموت سراج وفيه عقبه ولده من الذكور والاناث فان ماتوا فولد ولده كذلك ولا يدخل فيه ولد البنات لانهم عقب لا آبائهم لا له بخلاف النسل فانهم يدخلون فيه ويستوون في قسمة الوقف والوصية كما في الخصاف وهلال والظهيرية والاجناس اما الموقوف على فلان وورثة فلان آخر فانه يقسم بينه وبينهم على الرؤس ثم ما أصاب الورثة للذكر مثل حظ الانثيين وعن محمد فيمن أوصى لعصبة فلان تكون لهم ولو كان حيا لان العصبة تتناولهم في حياة من يضافون اليه بخلاف الورثة والعقب فلو كان له ابن وأب فعصبته ابنه دون أبيه ويعتبر فيه ترتيب العصبات حموى ودر

(باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة)

لما فرغ من الوصية المتعلقة بالاعيان شرع في الوصية المتعلقة بالمنافع وهى الاعراض وأخرها عن الاعيان لانها الاصل لان العين قائمة بذاتها دون العرض شلبى (قوله خلافا لابن أبي ليلى) لان الموصى له يملك الوصية باعتبار الموصى ولا ملك للموصى فيما يحدث بعد موته من الخدمة والغلة حموى ولنا ان المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف زيلعى ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبرقبته لآخر اما ان يكون أدرك حد الخدمة أولا فان الثانى فنفقته على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لانه بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فان أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامها بالانفاق عليه وان أبى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى فالفداء على من له الخدمة ولو أبى فداه صاحب الرقبة أو يدفعه وبطلت الوصية لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير كذا في العناية (تتمه) نقل شيخنا عن المحيط ما نصه رجل أوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر ولا مال له غيره وأعتقه صاحب الرقبة وهو موسر قال يغرم قيمته فيشترى بها عبدا فيخدم الورثة يومين والموصى له بالخدمة يوما فاذا مات صاحب الخدمة صار العبد المشترى ثلثه لصاحب الرقبة وثلثاه للورثة وان كان المعتق معسرا

(و) ان اوصى (لورثة فلان) فالوصية بينهم (للذكر مثل حظ الانثيين) *(باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة)* (وتصح الوصية) بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة عندنا خلافا لابن ابى ليلى

ضمن حصته وهى ثلث قيمة العبد ويسعى العبد فى ثلثى رقبته للورثة ويشترى بذلك عبد يخدم الورثة والموصى له بالخدمة حتى ينقضى حق الخدمة ثم العبد يكون بين الورثة وبين صاحب الرقبة أثلاثا انتهى (قوله وأبدا) كما فى العارية فانها تمليك المنافع على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى حتى ان الموصى له بالخدمة اذا مات لا تورث عنه هداية ودرر (قوله وكذا الوصية بغلة العبد والدار) لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهى تشمل الكل اذ الموصى يحتاج للتقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له يحتاج الى قضاء حاجته أى شئ كان زيلعى (قوله سلم اليه) ليخدمه لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة فيه هداية (قوله خدم الورثة يومين الخ) لان حقهم فى الثلثين وحق الموصى له فى الثلث كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين هداية فلو زاد أحدهما فى مدته كان استخدم الموصى له أكثر من يوم أو الورثة أكثر من يومين هل يقضى ذلك محل تأمل مقدسى أقول فى ذكرى انه تقدم فى آخر القسمة انه لا يقضى فليراجع حموى (قوله حتى يستكمل الموصى له مقدار ما عينه الموصى) فلو أوصى بخدمة عبده سنة فان كانت غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضى تلك السنة فان مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها واعلم ان للفقيه أبى الليث هنا سؤالا وجوابا يعلم بمراجعة حاشية الحموى (قوله وليس للموصى له بالخدمة الخ) لانه تملك المنفعة بغير عوض فلو ملكها بعوض لكان مملكا أكثر مما يملك لكن اذا اسقط حقه فى الخدمة على مال أخذه من الموصى له بالرقبة ليسلم له العبد صح كما فى المبسوط للسرخسى قال العلامة المقدسى فربما يشهد هذا للنزول عن الوظائف بمال حموى وهذا يقتضى جواز الصلح مع الورثة أيضا (قوله وقال الشافعى له ذلك) لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على أصله ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة ولو أوصى بغلة عبده أو داره قيل يجوز له السكنى والاستخدام لان قيمة المنافع كأصلها فى تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنانير واستيفاء المنفعة مغاير له هداية ومثله الدرر الموقوفة عليه وعليه الفتوى لان حقهم فى المنفعة لا العين درر (قوله الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير مصره الخ) لان تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له وأهله فى مصر الموصى فمقصوده الخدمة فى مصر الموصى واذا كانوا فى غير مصره فمقصوده حمل العبد الى أهله ليخدمهم وهذا هو المعلوم بدلالة الحال شلبى فلو خرج باهله من مصر الموصى ولم يكن للموصى علم بذلك لم يكن للموصى له اخراج العبد مقدسى (قوله اذا كان يخرج من الثلث) والا فلا يخرجه الا باذن الورثة لبقاء حقهم فيه تنوير وشرحه (قوله وبموته يعود الى ورثة الموصى) لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بلا رضاه وهذا غير جائز درر (قوله بطلت الوصية) لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والميت لا يملك حموى (قوله فلو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا) لان المعادلة فى الزمان حقهم فاذا اسقطوها جاز حموى (قوله الا أن الاول هو الاعدل والاولى) لانه تحصل التسوية به بين الورثة والموصى له زمانا وذاتا وفى المهايأة يلزم تقديم أحدهما على الآخر زمانا فلا يصار اليها الا عند تعذر القسمة بالاجزاء قال المرحوم قاضى زاده فيه ان المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الاولوية الا بالزام الحاكم حموى (قوله وليس للورثة بيع الخ) لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم لو خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه درر والقسمة كالبيع لانا لو قسمناها لسقط حق الموصى له فى استيفاء المنفعة من المجموع حموى عن المعراج (قوله

وابدا) وان اوصى بخدمة مطلقة غير مؤقتة يتناول الابد وان أوصى سنين يتناول ثلاث سنين وكذا الوصية بغلة العبد والدار وان اوصى بخدمة عبده لرجل مدة معلومة (فان خرج العبد من ثلثه) بان كانت قيمة العبد مثل ثلث ماله او اقل (سلم اليه) اى الى الموصى (له ليخدمه والا) اى وان لم يخرج من الثلث بان لا مال له غيره (خدم) العبد (الورثة يومين والموصى له يوما) حتى يستكمل الموصى له مقدار ما عينه الموصى من الزمان وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد والدار وقال الشافعى له ذلك وليس له ان يخرج العبد من مصر الموصى الا ان يكون الموصى له وأهله فى غير مصره فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث (وبموته) أى الموصى له (يعود) العبد (الى ورثة الموصى ولو مات) الموصى له (فى حياة الموصى بطلت) الوصية ولو أوصى بسكنى داره مدة معينة وخرج الدار من الثلث يسكنها وحده هذه المدة وان لم يخرج ولا مال له غيرها يقسم الدار اثلاثا يسكن الموصى له الثلث والورثة الثلثين حتى يستكمل الموصى له مقدار ما عينه ولو خرب ما فى يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما فى أيديهم فلو أقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا الا ان الاول هو الاعدل والاولى وليس للورثة بيع ما فى أيديهم من ثلثى الدار

وعن أبي يوسف الخ) لانه خالص ملكهم درر بقي أن يقال ماجعله الشارح رواية عن أبي يوسف مخالف لما نقله الحموى عن المعراج حيث جعل ذلك قولا للصاحبين فى كل من البيع والقسمة (قوله وان لم يذكر الابد) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا تتناول المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد وأما الغلة فتتناول الموجود وماهو بعرضية الوجود مرة بعد أخرى عرفا كما فى الهداية لان المعدوم من الغلة يستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلان يستحق بالوصية أولى (قوله لانه اذا لم يكن فيه ثمرة الخ) أى وقت موت الموصى درر (قوله فله ثمرته فيما يستقبل) حملا على المجاز عند تعذر الحقيقة صونا لكلام الموصى عن الالغاء (قوله ولو أوصى بصوف غنمه الخ) لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده بخلاف الغلة المعدومة والثمرة المعدومة لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة كما قدمناه فبالوصية أولى لان بابها أوسع (قوله وولدها ولبنها) أنث ضمير الغنم لكونه اسم جنس وهو يذكر و يؤنث حموى عن المفتاح (قوله له الموجود عند موته) قال أبدا او لا لان الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والولد الموجود فى البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا كما فى الدرر فكذا بالوصية وأما المعدوم منها فلا يستحق بشئ من العقود فكذا بالوصية صورة الخلع كما فى العناية أن تقول المرأة اخلعنى على مافى بطن جاريتى أوغنمى صح وله مافى بطنها وان لم يكن فى البطن شئ فلا شئ له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لان مافى البطن قد يكون متقوما وقد لا يكون بخلاف مالوقالت على حمل جاريتى وليس لها حمل حيث ترد المهر ثم مسائل هذا الباب على ثلاثة أوجه كما فى الزيلعى منها مايقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد اولم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة ولم تكن موجودة عند موته ومنها مايقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد أولم يذكر كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على الظهر والولد فى البطن ومنها مايقع على الموجود والمعدوم ان ذكر الابد والافعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة ثم السقى والخراج ومافيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة كذا فى العناية وفى التمرتاشى أوصى بغلة نخله لشخص ولآخر برقبته ولم تحمل فالنفقة فى سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة لان الملك له واذا أثمرت فعلى الموصى له بالغلة لان النفع صار له فان انفق صاحب الرقبة حتى اثمر فله أن يستوفى نفقته من الحمل لانه انفق لاصلاح ملكه فلم يكن متبرعا وان لم يف الحمل بما انفق يرجع فى الحمل المستقبل حموى

(باب وصية الذمى)

عقب وصية المسلم بوصية الذمى لكون الكفار ملحقين بالمسلمين فى احكام المعاملات شلبى (قوله فهى ميراث) بالاجماع أما عند الامام فلان هذا كالوقف وهو عنده لا يلزم حالة الحياة بخلاف ما اذا كان مضافا لما بعد الموت واما عندهما فلانه معصية وان كان قربة عندهم لا يقال هى عندهم كالمسجد عند المسلمين وهو لا يورث فكذا أهل الذمة فيما فى حكمه لانا نقول المسجد محرز عن حقوق الناس خالص لله تعالى والبيعة عندهم ليست كذلك فانها لمنافع الناس يسكنون فيها ويدفنون موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فحقه فيها ثابت وفى مثله يورث المسجد حموى وشلبى (قوله بان تبنى داره بيعة) فيه ان المشار اليه بذلك ماذكر من جعل داره بيعة أو كنيسة لاجعل داره بيعة فقط وحينئذ ففى التفسير قصور حموى (قوله فهو من الثلث) اتفاقا حموى لان فى الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمى ولاية التمليك فامكن تصحيحه أى تصحيح ايصائه على اعتبار المعنيين يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف وجوزنا ذلك نظرا الى التمليك كذا بخط شيخنا (قوله أما فى المصر) فلا

وعن ابى يوسف انه يجوز لهم ذلك
ولو أوصى (بثمرة بستانه) بان قال
أوصيت بثمرة بستانى لرجل (فمات
الموصى (و) قد كان (فيه ثمرة له) أى
للموصى له (هذه الثمرة) وحدها (وان
زاد أبدا) بان قال أوصيت بثمرة بستانى
له أبدا هذه (وما يستقبل) ماعاش
(كغلة بستانه) أى يكون للموصى
له الثمرة الموجودة وثمرته فيما يستقبل
ماعاش كما يكون له الغلة القائمة
وغلته فيما يستقبل ماعاش فيما
أوصى له بغلة بستانه وان لم يذكر
الابد ولو لم يكن له مال غيره وكان له ثلث
الغلة والثمرة وانما قيد بقوله وفيه ثمرة
لانه اذا لم يكن فيه ثمرة وله ثمرته فيما
يستقبل ماعاش الموصى له كمسألة
الغلة كذا فى شرح السيد ولو أوصى
(بصوف غنمه) لرجل (وولدها
ولبنها) ثم مات (له الموجود) على ظهر
غنمه ومافى بطنها ومافى ضرعها من اللبن
(عند موته) فيكون له سواء (قال
أبدا أو لا)
(باب وصية الذمى)
(ذمى جعل داره بيعة) وهو معبد
النصارى (أو كنيسة) وهو معبد
اليهودى أو بيت نار (فى صحته فمات)
الذمى (فهى ميراث) فيقسم بين ورثته
(وان أوصى بذلك) أى ان أوصى بان
تبنى داره بيعة (لقوم معينين فهو)
أى الايصاء جائز (من الثلث فى
القرى) أما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق

يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك فى الامصار (قوله كذا فى النهاية) هذا القيد انما ذكره صاحب النهاية فى المسألة التى بعد هذه لا فى هذه المسألة حموى (قوله صحت الوصية) عند أبى حنيفة لانها قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ثم الفرق بين بنائها والوصية بها ان البناء ليس سببا لزوال الملك بخلاف الوصية فانها وضعت لازالة الملك والحاصل ان وصية الذمى بما هو قربة عندنا وعندهم صحيحة بالاتفاق كالوصية بثلث ماله للفقراء أو عتق الرقبة او اسراج بيت المقدس وبما هو معصية عندنا وعندهم باطلة بالاتفاق كالوصية للنائحات والمغنيات الا أن تكون لقوم باعيانهم وهم يحصون كما فى الشرنبلالية فيصح تمليكا واستخلافا وبما هو قربة عندنا ومعصية عندهم باطلة بالاتفاق كالوصية بالحج أو بان يبنى مسجد للمسلمين أو بان يسرج فى مساجد المسلمين اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومين وذكر الجهة مشورة وفى عكسه كالوصية بجعل داره كنيسة أو بيعة خلاف اجازها الامام وابطلها الصاحبان ومعنى قولهم ذكر الجهة مشورة ان كلام الموصى فى صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام كما فى الشرنبلالية وفيها عن قاضى خان لو كان لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وتبطل الجهة التى عينها ان شاؤا فعلوا وان شاؤا تركوا (تتمة) ذكر فى خير مطلوب ما نصه وبطلت وصية مسلم لبيعة أو كنيسة لانه لا يتقرب به الى الله تعالى ولم تقع لانسان بعينه قال الحموى ويفهم منه انه لو كان لمعين صح وعندى فى اسلام هذا نظر انتهى (قوله وعندهما هى باطلة) لان هذه فى الحقيقة معصية وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقريرها وللامام ان الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالحج لم تعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا اوصوا بما هو فى معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية وهذا ليس باحداث لان داره كانت موجودة وفيما اذا أوصى ببنائها بيعة لقوم مسمين انما جاز وان كان احداثا نظرا الى أنه تمليك كذا بخط شيخنا (قوله كوصية حربى مستأمن بكل ماله الخ) لان امتناع الزيادة على الثلث لحق الورثة ولا حق لهم يراعى لانهم اموات فى حقنا ولان حرمة ماله للامان وهو له دون ورثته وقد اسقط حقه فيجوز حموى (قوله يتوقف على اجازتهم) لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمى حموى (قوله لم يجز) لتباين الدارين هداية (قوله جازت) لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى وعن أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع كذا فى الهداية (تتمة) صاحب الهوى اذا كان لا يكفر به فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم وان كان يكفر به فهو بمنزلة المرتد فيجوز عندهما وعند الامام تتوقف ان أسلم نفذت كسائر تصرفاته والا فلا زيلعى مع عناية

(باب الوصى)

لما فرغ من بيان الموصى له شرع فى بيان الموصى اليه وهو الوصى وقدم احكام الموصى له لكثرتها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس حموى عن المفتاح (قوله فقبل عنده) المراد علمه بالقبول كما سيجىء شيخنا (قوله ورد عنده يرتد) لانه متبرع فى ذلك فان شاء دام عليه وان شاء رجع اذ ليس للموصى الزام التصرف على الغير وليس فى الرجوع تغرير اذ يمكنه ان يوصى الى غيره درر (قوله لا يرتد) لانه لما قبل فى وجهه اعتمد الموصى على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده فى حياته أو بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل درر (قوله سواء علم بايصائه) أم لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء وطريق العلم به ان يخبره واحد من أهل التمييز أما الايصاء فخلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت

كذا فى النهاية وان أوصى (بداره) أى جعل داره كنيسة أو بيعة (لقوم غير مسمين صحت) الوصية عند أبى حنيفة (وعندهما هى باطلة الا أن يكون لقوم باعيانهم) كوصية حربى) أى صحت هذه الوصية كما صحت وصية حربى (مستأمن) اوصى (بكل ماله لمسلم اوذمى فى دارنا قيل هذا اذا لم يكن ورثته معه فى دارنا اصلا اما اذا كانت الورثة معه يتوقف على اجازتهم ولو أوصى باقل من ذلك أخذت الوصية ورد الباقى على ورثته ولو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز ولو اوصى للمستأمن مسلم اوذمى بوصية جازت كذا فى شرح السيد

(باب الوصى) أى فوض (أوصى الى رجل) وما يملكه من التصرف فى ماله بعد موته (فقبل الوصى (عنده) أى عند الموصى (ورد) الوصاية (عنده) أى عند الموصى (يرتد والا) أى وان ردها فى غير علم الموصى (لا) يرتد (وبيعه تركته) بعد موته (كقبوله) الوصاية فى حياة الموصى وينفذ البيع سواء علم بايصائه حين باع أو لم يعلم فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى

فلا يتوقف على العلم كالوراثة كما فى الهداية وهذه رواية الزيادات وعن أبى يوسف لا يجوز بيع الوصى أيضا قبل العلم بالوصاية اعتبارا بالوكالة لان كلا منهما نيابة شرنبلالية عن البناية (قوله فهو بالخيار الخ) لانه متبرع فى التصرف للغير فلا يلزم بلا قبوله كالوكالة ولا تغرير هنا لان الموصى هو الذى اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصاية أم لا درر (فروع) أوصى الى رجل فى ماله كان وصيا فيه وفى ولده والوصى فى نوع يكون وصيا فى جميع الانواع كما فى الاختيار للقاضى نصب الوصى فى ثلاث مواضع اذا كان على الميت دين أو أوصى بوصايا أو كانت الورثة صغارا كما فى الولوالجى وصى القاضى اذا جعله وصيا عاما بمنزلة وصى الاب فان جعله وصيا فى نوع كان وصيا فى ذلك النوع خاصة بخلاف وصى الاب فانه لا يقبل التخصيص حتى لو أوصى لرجل فى نوع كان وصيا فى الانواع كلها كما لو قال المريض لغيره اقض دينى لان قضاء الدين من أعمال الوصية وهذا قول الامام وقال محمد لا يصير وصيا دفع الوصى المال لليتيم بعد ما بلغ مفسدا أو أودعه اياه فضاع ضمنه الوصى بخلاف ما اذا كان اليتيم مصلحا فدفع اليه المال قبل بلوغه وأذن له فى التجارة فضاع حيث لا يضمن كما فى الخانية للوصى ان يوكل بكل ما يفعله لانه بمنزلة الاب لانه أقامه مقام نفسه فان بلغ الصبى انعزل الوكيل لزوال ولاية الوصى ببلوغه رشيدا كما فى الاب بخلاف ما اذا أذن الوصى أو الاب لعبده فى التجارة ثم بلغ الصغير لا ينحجر العبد بعد الاذن لانه يتصرف بحكم الاصالة لا بحكم النيابة عن الولوالجى كما فى المحيط حموى عن شرح الشلبى (قوله وان مات الموصى ولم يرد فى حياته) يعنى اذا سكت الوصى فى حياة الموصى ثم بعد مماته قال لا أقبل ثم قبل فهو وصى ان لم يخرجه القاضى حين قال لا أقبل كذا فى العناية وهو يشير الى انه ليس السكوت كالقبول حتى لو سكت الموصى اليه فمات الموصى كان له خيار الرد بعد موته كما فى التنوير (قوله ان لم يخرجه قاض مذ قال لا أقبل) لان الايصاء لا يبطل بمجرد قوله لا أقبل لان فى ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب (قوله فحينئذ لا يصح اذا قبل ذلك) لان اخراجه قد صح لانه موضع الاجتهاد اذ الرد صحيح عند زفر وقال فى الهداية لو قال بعد اخراج القاضى اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية (قوله بدل الوصاية) أى بدل ايصائه القاضى وجوبا شيخنا عن القهستانى فلو زال الرق والكفر وبلغ الصبى قبل اخراج القاضى لا يخرجهم زيلعى قال فى الشرنبلالية ولم يذكر زوال الفسق ولعله كذلك انتهى قلت صرح بزوال الفسق فى المجتبى على ما ذكره فى الدر قال وفيه فوض ولاية الوقف لصبى صح استحسانا (قوله مخوفا عليه فى المال) قال فى المجتبى لانه قد يفسق فى الافعال ويكون امينا فى المال حموى (قوله ثم التبديل يشير الى صحة الوصية) ولذلك يصح تصرفهم قبل التبديل شيخنا عن القهستانى (قوله لانه) أى لان التبديل انما يكون بعد الوصية ووجه الصحة ثم الاخراج ان الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا ليتم به نظر الموصى لنفسه ولاولاده وبالايصاء لهؤلاء لا يتم به معنى النظر وان وجد أصل النظر لكون العبد أهلا للتصرف ليس بمولى عليه من جهة من يتصرف عليه ولكون الفاسق من أهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا حتى لو تصرف نفذ تصرفه ولثبوت ولاية الكافر فى الجملة حتى نفذ شراؤه عبدا مسلما وانما لا يتم معنى النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة المولى فيتوهم التقصير فى استيفاء حقوق الميت وتوهم الخيانة من الكافر للعادات الدينية ومن الفاسق لفسقه الخ الدرر وقوله نفذ شراؤه عبدا مسلما يعنى ويجبر على بيعه كما مر حواية (قوله قيل معناه ستبطل) أى باخراج القاضى (قوله وقيل فى الكافر باطل) لانه لا ولاية له على المسلم هداية (قوله أو بعضهم صغار وبعضهم كبار) من هنا يعلم ما فى كلام العينى من الايهام (قوله وعندهما لا يصح) لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع وله انه أوصى الى من هو أهل فيصح كما لو أوصى الى مكاتب نفسه أو مكاتب غيره لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا لكن لما أقاموا أبوهم مقام نفسه صار مستبدا بالتصرف مثله بلا ولاية لهم عليه بخلاف عبد الغير فانه مولى عليه وبخلاف

ماذا

فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء
لا (وان مات) الموصى ولم يرد فى حياته
(وقال) الموصى له بعد مماته (لا أقبل)
الوصية (ثم قبل صح) القبول (ان لم
يخرجه قاض مذ قال لا أقبل) الوصاية
ثم لا يصح اذا قبل بعد ذلك وقال زفر
ان قال فى غيبته فى حياته أو بعد وفاته
لا أقبل ثم قبل لا يكون وصيا (و)
لو أوصى (الى عبد وكافر وفاسق بدل)
الوصاية (بغيرهم) وشرط فى الاصل
ان يكون الفاسق متهما مخوفا عليه
فى المال ثم التبديل يشير الى صحة
الوصية لانه انما يكون بعد الوصية
وذكر محمد فى الاصل ان الوصية باطلة
قيل معناه سيبطل فى جميع هذه
الصورة وقيل فى العبد معناه باطلة
حقيقة لعدم ولايته وفى غيره معناه
سيبطل وقيل فى الكافر باطل أيضا
(و) لو أوصى (الى عبده وورثته)
كلهم (صغار صح) الوصية (والا) أى
وان لم يكن الورثة صغارا بل كلهم
كبارا أو بعضهم صغار وبعضهم كبار
لا يصح هذا عند أبى حنيفة وعندهما
لا يصح فى الوجهين وهو القياس

عما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه فيعجز الوصي عن الاداء بحقه فامتنع الجواز درر ثم ان رد المكاتب في الرق فكالعبد در (قوله وقيل قول محمد مضطرب) قال الاتقاني ولنا في هذا القيل نظر لان الكبار الثقاة المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب حموي وأقول عدم وقوف الاتقاني على التصريح بهذا القيل في كلام المتقدمين غير قادح اذلا ينافي اطلاع صاحب الهداية عليه (قوله ضم القاضي اليه غيره) لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة درر (قوله ولو شكى اليه الوصي ذلك الخ) كذا اذا شكى الورثة الوصي الى القاضي لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت هداية والشاكي قد يكون ظالما في شكواه شرنبلالية (قوله لا يجيبه حتى يعرف حقيقة ذلك) لانه قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه درر (قوله ولو ظهر عند القاضي عجزه أصلا) أي سواء ضم اليه غيره أو لم يضم فانه عاجز عن ذلك وحينئذ لا يشكل قوله استبدل به بما في المتن من قوله ومن عجز عن القيام بها ضم اليه غيره والحاصل ان العجز بالنسبة لمسئلة المتن ينجبر بضم الغير اليه بخلافه في قوله ولو ظهر للقاضي الخ فتدبر (قوله استبدل به رعاية) للنظر من الجانبين هداية (قوله امينا) يشير الى ان الخائن يعزل بل هو واجب در (قوله فليس للقاضي ان يخرجه) ويجب الافتاء بعدم الصحة لو أخرجه كما في الفصولين قال في الدر المختار فقد ترجح عدم صحة العزل للوصي فكيف بالوظائف في الاوقاف انتهى والتولية على الوقف من جملة الوظائف وممن صرح بذلك وبعدم صحة اخراج الناظر عن أهله بدون جنحة وان ورد في شأن ذلك خط شريف الشيخ خير الدين في فتاواه فليراجع فانه قد بسط الكلام على ذلك (قوله وقال أبو يوسف ينفرد الخ) محل الخلاف اذا لم ينص الموصي على شئ فلو نص على الاجتماع أو الانفراد اتبع اتفاقا در عن شرح الوهبانية لابي يوسف اذ الايصاء من باب الولاية وهي اذا ثبتت للاثنين شرعا تثبت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح فكذا اذا ثبتت شرطا فان الولاية لا تحتمل التجزي لكونها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تتجزى ولهما ان الموصي انما رضي برأيهما لا برأي أحدهما درر وفي الانكاح السبب القرابة وهي قائمة بكل واحد منهما هداية (قوله وبطل فعل أحد الوصيين) والمتوليان كالوصيين حتى لو اجر أحدهما أرض الوقف لم يجز بلا رأي الآخر در وفي الاسعاف لا ينفرد أحد الناظرين بالاجارة ولو وكل أحدهما صاحبه جازت انتهى وهذا اذا كانا وصيين أو متوليين من جهة الميت أو الواقف أو قاض واحد أما لو كانا من جهة قاضيين من بلدتين فينفرد أحدهما بالتصرف لان كلا من القاضيين لو تصرف جاز فكذا نائبه ولو أراد كل من القاضيين عزل منصوب الآخر جاز ان رأى فيه المصلحة والا لا وفي الدر عن السراج لو لم يعلم القاضي ان للميت وصيا فنصب له وصيا ثم حضر الوصي فاراد الدخول في الوصية فله ذلك وبنصب القاضي الآخر لا يخرج الاول انتهى ومفاده ان الولاية تبقى لكل منهما (قوله سواء أوصى الى كل واحد منهما الخ) نعلى هذا يكون الخلاف بينهم في الانفراد وعدمه في الفصلين جميعا كما في الشرنبلالية عن أبي بكر الاسكاف وقيل الخلاف فيما اذا أوصى لكل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا وصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف فيما اذا وصى اليهما معا بعقد واحد واما اذا وصى لكل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلواني عن الصغار الخ (قوله وقال كثير من مشايخنا ينفرد الخ) قال ابو الليث وهو الاصح وبه نأخذ در (قوله كالوكيلين الخ) في الوكيلين على التعاقب رأي الموكل قائم فلما وكل ثانيا علم ان مراده انفراد كل واحد منهما كذا بخط شيخنا (قوله والاول هو الاصح) صححه في المبسوط وجزم به في الدرر وفي القهستاني أنه الاقرب الى الصواب در (قوله في غير التجهيز الخ) لان في التأخير فساد الميت هداية ويزاد قسمة كيلي أو وزني وطلب دين در عن شرح الوهبانية (قوله وشراء حاجة الصغار الخ) لان في التأخير خوف لحوق الضرر بهم درر (قوله أي قبول الهبة) لانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام

وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف (ومن عجز عن القيام بها ضم) القاضي (اليه غيره) ولو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف حقيقة ذلك ولو ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به وان كان قادرا على التصرف أمينا فيه فليس للقاضي أن يخرجه ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا أشياء معدودة وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما في جميع الاشياء كما نبه بها حيث قال (وبطل فعل أحد الوصيين) مطلقا سواء أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد أولا وقال مشايخنا ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ان أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد كالوكيل اذا وكل كل واحد منهما على الانفراد والاول هو الاصح (في غير) شراء (التجهيز وفي) غير (شراء الكفن وفي) غير شراء (حاجة الصغار) من اللباس والطعام (وفي) غير (الاتهاب) أي قبول الهبة (لهم وفي) غير (رد وديعة غيره) وفي غير رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وفي حفظ الاموال (وفي) غير (قضاء دين وفي) غير (تنفيذ وصية معينة وفي) غير (عتق عبد غيره وفي) غير بيع ما يتسارع اليه الفساد

وفى غير جمع الاموال الضائعة (وفى) غير (الخصومة فى حقوق الميت) وانما قيد بوديعة عين وتنفيذ وصـية وعتق عبد عين لانه لا يحتاج فيها الى الرأى بخلاف ما اذا كانت غير معينة فانه لا ينفرد أحدهما بتنفيذها ولو مات واحد منهما وقد أوصى الى الحى فله أن يتصرف وحده فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة ان الحى لا ينفرد بالتصرف (ووصى الوصى وصى فى التركتين) حتى لو مات الوصى وأوصى الى آخر فهو وصى فى تركته وتركة الميت الاول عندنا وعند الشافعى لا يكون وصيا فى تركة الاول وكذا لو قال جعلته وصيا فيما تركت صار وصيا لتركته وتركة موصيه فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف يصير وصيا فى تركته فقط (وتصح قسمته نائبا (عن الورثة) مطلقا سواء كانت الورثة صغارا أو كبارا حاضرا أو غائبا (مع الموصى له) حتى لو هلك حصة الورثة فى يده لم يرجع على الموصى له بشئ (ولو عكس) الوصى بأن قسم التركة مع الورثة نائبا عن الموصى له الغائب (لا) تصح (فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع) نصيبه (رجع) الموصى له (بثلث ما بقى من التركة فى يد الورثة ان كان قائما فى أيديهم هذا اذا كانت القسمة بغير أمر القاضى اما لو قسم بأمر جاز كما يأتى فى المتن وذكر الامام المحبوبى محيلا الى مبسوط شيخ الاسلام ان مقاسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة فى العروض والعقار جميعا سواء كان الموصى له صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا كذا فى شرح السيد وان أوصى الميت بحجة فقاسم (التركة) الورثة وأخذها للحج (فهلك ما فى يده) أى الوصى للحج (أو دفع) المال (الى من يحج) نائبا (عنه) أى عن الموصى (فضاع) المال (فى يده) أى الحاج (حج) فى الصورتين نائبا (عن الميت بثلث ما بقى) من التركة مطلقا وقال أبو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ (وصح قسمة القاضى) مع الورثة عن الموصى له (و) صح (اخذه) أى القاضى (حظ الموصى له ان غاب) حتى لو هلك عند القاضى ثم حضر الموصى له لم يكن له على الورثة سبيل (و) صح بيع الوصى عبدا من التركة بغيبة الغرماء وضمن الوصى (الثمن) ان باع عبدا وصى (الوصى) بيعه وتصدق بثمنه (بين الفقراء مثلا) ان استحق العبد الموصى به وأخذ (بعد هلاك ثمنه عنده) أى عند الوصى (و) لكن (يرجع) الوصى (فى) جميع (تركة الميت) وكان أبو حنيفة مغرورا

والذى فى حجره هداية (قوله وفى غير جمع الاموال الضائعة) لان فى التأخير خشية الفوات هداية (قوله والخصومة فى حقوق الميت) لانهما لا يجتمعان عادة ولو اجتمعا لم يتكلم الا أحدهما غالبا در (قوله ولو مات واحد منهما الخ) او جن أو وجد ما يوجب عزله كذا ذكره الشلبى وليس المراد ان يعتبر منه الايصاء بعد ما جن او وجد منه ما يوجب العزل وانما المراد ان القاضى يضم الى الباقى شخصا آخر كما لو مات أحدهما بدون ايصاء (قوله فله ان يتصرف وحده) فى ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى لشخص آخر هداية ولا يحتاج الى نصب القاضى وصيا وان لم يوص ضم القاضى اليه غيره تنوير وشرحه وهل هذا الضم على قول الكل او فيه خلاف أبى يوسف قولان (قوله ووصى الوصى الخ) سواء أوصى اليه فى ماله اوفى مال موصيه در عن الوقاية (قوله وعند الشافعى لا يكون الخ) اعتبارا بالتوكيل ولنا ان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له فيه ولاية وعند الموت كانت له الولاية فى التركتين فينزل الثانى منزلته فيهما بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه هداية والمراد من التركتين مال نفسه الذى يتركه ومال موصيه شلبى (قوله وتصح قسمته الخ) لان الوارث خليفة الميت والوصى أيضا خليفته فيكون خصما عن الوارث الغائب هداية (قوله ولو عكس لا) لان الموصى له ليس خليفة عن الميت من كل وجه ولهذا لا يرد بالعيب بخلاف الوصى ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصى وما ذكره فى الكافى تفريعا على قوله ولا يصير مغرورا بشراء الموصى حيث قال حتى يكون الولد رقيقا غير صحيح بدليل ما فى جامع الفصولين من قوله أولدها على هبة وصدقة اوشراء أو وصية أخذ المستحق الامة وقيمة الولد حموى عن المقدسى والحاصل أنه لا يلزم من نفى كونه مغرورا بشراء الموصى ان لا يكون ولده حرا ألا ترى الى قوله فى شرح الهداية عند قول المصنف ولا يصير مغرورا حيث قال صورته اشترى الموصى جارية وأوصى بها لوءات وأخذها الموصى له واستولدها فاستحقت فولده يكون حرا بالقيمة لكن ليس له الرجوع بقيمة الولد على بائع الميت الخ فظهر ان عدم كونه مغرورا بالنسبة لعدم رجوعه بالقيمة التى أخذها المستحق فتدبر (قوله رجع بثلث الخ) لان الموصى له شريك الورثة لعدم صحة القسمة ولا يضمن الوصى لانه أمين كما فى الهداية (قوله ان كان قائما) وان هلك فى أيديهم فله ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض الخ زيلعى (قوله بثلث ما بقى) لان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة هداية (قوله ان كان مستغرقا) لان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقى محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها هداية (قوله وقال محمد لا يرجع بشئ) لان الموصى لو أفرز بنفسه مالا ليحج عنه به فهلك لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه الوصى الذى قام مقامه هداية (قوله وصح قسمة القاضى الخ) لان القاضى نصب ناظرا لاسيما فى الموتى والغيب ومن النظر افراز قسط الغائب وقبضه فنفذ ذلك وقوله لم يكن له على الورثة سبيل قال الزيلعى ولا على القاضى وهذا فى المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء ولذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة انتهى (قوله وصح اخذه حظ الموصى له ان غاب) لان الوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط شلبى عن الاتقانى (قوله وبيع الوصى عبدا الخ) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو تولاه بنفسه يجوز بيعه وان كان فى مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء هداية (قوله وضمن ان باع الخ) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه هداية (قوله ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده) أو مات قبل ان يقبضه المشترى كذا بخط شيخنا (قوله ويرجع فى تركة الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل هداية أى يرجع فى تركة الميت على الورثة بقدر حصصهم من كل التركة لانه صار

مغرور امن الميت فكان الضمان دينا عليه ومحل قضاء الدين كل التركة وفى المنتقى لا يرجع فى التركة بل على المساكين الآخذين للثمن لان غنمه لهم فغرمه عليهم كما فى التبيين حموى (قوله يقول لا يرجع) لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة (قوله وعن محمد يرجع فى الثلث) لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور كما سبق لان الميت لما أمر ببيع هذا العبد والتصدق بثمنه كانه قال ان هذا العبد ملكى شلبى وفى منية المفتى للوصى وضع الصدقة الموصى بها فى أولاده الكبار دون الصغار (قوله ويرجع الوصى فى مال الطفل ان باع الوصى عبده الخ) يعنى اذا قسم الوصى الميراث فأصاب الصغير عبد فباعه وصيه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه هداية (قوله وهو ان يكون الثانى أملأ من الاول) اذ الولاية نظرية (قوله وان كان الاول أملأ لا يصح) اذ فيه تضييع ماله بتقدير حكم من يرى سقوط الدين بموت الثانى مفلسا أو بجحد الحوالة ولا بينة ولا يرى عود الدين (قوله وصح بيعه وشراؤه من أجنبى) وان باع أو اشترى مال اليتيم من نفسه فان كان وصى القاضى لا يجوز ذلك مطلقا لانه وكيله وان كان وصى الاب جاز بشرط منفعة ظاهرة وهى قدر النصف زيادة أو نقصا وقالا لا يجوز مطلقا وبيع الاب مال الصغير من نفسه يجوز بمثل القيمة وبما يتغابن فيه وهو اليسير والا لا وهذا كله فى المنقول أما العقار فسيجئ تنوير وشرحه (تتمة) فى آخر الاشباه مما افترق فيه الوكيل والوصى أنهما لا يملكان التأجيل الا فيما لم يجب بعقدهما الخ (قوله ولا يصح بما لا يتغابن الناس فى مثله) لان ولايته نظرية فلو باع به كان فاسدا حتى يملكه المشترى بالقبض در عن القهستانى واذا وهب الوصى او الاب الثمن للمشترى صحت فى قول أبى حنيفة ومحمد ويضمن مثله خانية (قوله وبيعه على الكبير) فى غير العقار لان الاب يلى ما سواه ولا يليه فكذا وصيه هداية ولو عليه دين مستغرق باع العقار اجماعا والا باع بقدره عندهما لعدم الحاجة الى الزائد وعند الامام له بيع كله لانه بحكم الولاية وهى لا تتجزأ أو لان كل جزء من التركة مشغول بالدين فانه لو هلك شئ منها يجب قضاء الدين من الباقى كذا ذكره الحموى اعلم ان الورثة اذا كانوا كبارا فان كانوا حضورا ولا دين على الميت لا يملك الوصى التصرف فى التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض ويدفع للورثة وان كان على الميت دين ان كان محيطا بالتركة أجمعوا أنه يبيع كل التركة وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين بالاجماع وفيما زاد على الدين يبيع أيضا عند الامام وعندهما لا يبيع وان لم يكن فى التركة دين لكن الميت أوصى بوصايا فان كانت بالثلث أو دونه أنفذها وان كانت أكثر من الثلث أنفذ بقدر الثلث وما بقى فللورثة ولو أراد ان يبيع شيئا من التركة لتنفيذ الوصية أجمعوا أنه يبيع بقدر الوصية وما زاد على الوصية فعلى ما ذكرنا من الخلاف وهذا اذا لم تقض الورثة الدين ولم ينفذوا الوصية من خالص ملكهم أما اذا فعلوا فلا يبقى للوصى ولاية بيع التركة أصلا وفى المنتقى اذا كان على الميت دين فبيع العقار جائز كالمنقول عند الامام وعند أبى يوسف ان ترك الميت من العروض ما فيه وفاء بدينه فبيع الوصى العقار باطل وان كانت الورثة غيبا وحد الغيبة عن محمد ثلاثة أيام فان لم يكن فى التركة دين ولا وصية فانه يبيع المنقول ولا يبيع العقار وان كانت الورثة بعضهم صغارا وبعضهم كبارا ان كان الكبار غيبا والتركة خالية عن الدين وعن الوصية فانه يبيع المنقول ومن العقار يبيع حصة الصغار وهل يبيع حصة الكبار فعلى ما ذكرنا من الخلاف وان كانت التركة مشغولة بالوصية أو بالدين ان كانت مستغرقة بالدين يبيع العقار والمنقول وان كانت غير مستغرقة يبيع بقدر الدين من العقار والمنقول بالاجماع وهل يبيع الزيادة على الدين فعلى ما ذكرنا من الخلاف وان كان الكبار حضورا ان كانت التركة خالية هل يبيع حصة الصغار من العقار والمنقول بالاجماع وهل يبيع حصة الكبار فعلى ما ذكرنا من الخلاف وأصل هذا ان استغراق الدين يمنع ملك الورثة كذا بخط شيخنا عن الخلاصة من كتاب البيوع (قوله والاول أصح)

يقول لا يرجع ثم رجع الى ماذكرنا وعن محمد انه يرجع فى الثلث فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ (و) يرجع الوصى (فى مال الطفل ان باع) الوصى (عبده واستحق العبد) وأخذ المشترى الثمن (وهلك الثمن فى يده) أى فى يد الوصى (وهو) أى الطفل يرجع (على الورثة) بما ضمن الوصى (فى حصته وصح احتياله بماله) أى قبول حوالة الوصى بمال الطفل (لو كان الاحتيال خيرا له) وهو ان يكون الثانى املأ من الاول أى اقدر وان كان الاول أملأ لا يصح وان كانا سواء ذكر انه لا يجوز وفى الذخيرة ان كان الثانى مثل الاول بالملاء فقد اختلف المشايخ كذا فى شرح السيد (و) صح (بيعه وشراؤه بما يتغابن) الناس فى مثله (و) لا يصح بما لا يتغابن الناس (و) صح (بيعه على الكبير) الغائب من الورثة (أى غير العقار) مطلقا سواء خيف هلاكه بنائه وقيل يملك فى هذه والاول اصح والقياس أن لا يملك الوصى بيع غير العقار أيضا ثم فى حق الصغير يملك بيع العقار أيضا هذا جواب السلف وما جواب المتأخرين انما يجوز باحد شروط ثلاثة اما أن يرغب المشترى فيه بضعف القيمة

لانه نادر درر (قوله أو للصغير حاجة) يعنى حاجة النفقة درر وفى الاشباه من كتاب القضاء معزيا للقنية ذكر ان كل من قبل قوله فعليه اليمين الا فى مسائل عشرة منها الوصى فى دعوى الانفاق على اليتيم أو رقيقه ومنها المتولى فيما يدعيه من الصرف الخ لكن فى كون المتولى يقبل قوله بلا يمين مخالفة لما ذكره فى الاسعاف من باب اجارة الوقف حيث جعل اليمين عليه و يخالفه أيضا ما صرح به هو فى البحر كذا ذكره الحموى فى حاشية الاشباه قلت ماذكره فى القنية من قبول قوله بلا يمين قيده بما اذا كان ثقة وبه يرتفع الخلاف بأن يحمل ماذكره فى الاسعاف والبحر من ان عليه اليمين على ما اذا لم يكن ثقة (قوله أو بأن يكون على الميت دين) أو وصية مرسلة لانفاذ لها الا منه أو لكون غلاته لا تزيد على مؤنته أو لخوف خرابه أو نقصانه أو كونه فى يد متغلب در عن الدرر والاشباه قال وهذا لو البايع وصيا لا من قبل أم أو أخ فانهما لا يملكان بيع العقار مطلقا ولا شراء غير طعام وكسوة ولو البايع أبا فان محمودا عند الناس أو مستور الحال يجوز انتهى معزيا لابن الكمال وعبارة الواقعات الكبرى على مانقله شيخنا اذا باع الاب عقار ابنه الصغير بمثل القيمة فان كان محمودا يجوز حتى لو كبر الابن لم يكن له النقض وان كان فاسدا لا يجوز وله النقض اذا كبر هو المختار (قوله ولا يتجر فى مال اليتيم لنفسه) فان فعل وربح ضمن رأس المال وتصدق بالربح عندهما وعند أبى يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشئ وجاز لو اتجر فى مال اليتيم لليتيم وللوصى أن يسافر بمال الصغير ودفعه مضاربة و بضاعة ويوكل ببيع وشراء واستئجار ويودع ماله و يكاتب عبده ويزوج أمته لاقنه ويرهن ماله بدينه و بدين نفسه فلو هلك عند المرتهن ضمن مقدار الدين لا قيمة الرهن كما فى الخانية وله أن يعمل به مضاربة وينبغى أن يشهد عليه ابتداء والا صدق ديانة و يكون المشترى كله للصغير قضاء والاب مثله فى ذلك كله وليس للاب تحرير قنه ولو بمال ولا أن يهب ماله ولو بعوض كذا فى العمادية ولا يجوز اقرار الوصى بدين على الميت ولا بشئ من التركة لكونه اقرارا على الغير الا أن يكون المقر وارثا فيصح فى حصته لانه اقرار على نفسه كذا فى الدرر (تتمة) صالح الوصى عن دين الميت ان كان للميت بينة أو كان الخصم مقرا بالدين أو كان القاضى علم بذلك لم يجز وان كان الصلح عن دين على الميت فان كان للمدعى بينة أو كان القاضى قضى له بحقه جاز الصلح لانه اسقاط لبعض الحق وان لم يكن للمدعى بينة ولا قضى القاضى له لا يجوز الصلح لانه اتلاف لماله هدد وصى متغلب ليأخذ بعض مال اليتيم فدفع له شيئا من مال اليتيم ان خاف القتل واتلاف عضو أو أن يأخذ كل المال لا يضمن شيخنا عن الخانية انفق الوصى على باب القاضى فما أعطى على وجه الاجارة لا يضمن قدر اجر المثل وما اعطى على وجه الرشوة ضمن شيخنا أيضا عن الخلاصة والبزازية (قوله وقال الشافعى الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب) حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولاية الاب قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه هداية (قوله فان لم يوص فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه حتى ملك الانكاح دون الوصى هداية

(فصل فى الشهادة) (قوله لغت) لاثباتهما لانفسهما معينا وحينئذ فيضم القاضى لهما ثالثا وجوبا لاقرارهما باآخر فيمتنع تصرفهما بدونه در (قوله فتقبل استحسانا) لانه يجب على القاضى أن يضم اليهما ثالثا كما مر فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين (قوله وكذا الابنان) لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة هداية بخلاف شهادتهما بأن أباهما وكل زيدا بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل مطلقا ادعى زيد الوكالة أم لا لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما تنوير وشرحه (قوله وكذا لو شهدا لوارث صغير) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما فى المشهود به هداية (قوله وقالا تقبل فى الوجهين) لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف فى التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت

أو للصغير حاجة الى ثمنها أو يكون على الميت دين ولا وفاء له الا به قال الصدر الشهيد وبه يفتى وكذا فى شرح السيد (ولا يتجر فى ماله ووصى الاب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعى الجد أحق (فان لم يوص الاب فالجد كالاب)

(فصل فى الشهادة) (لو شهد الوصيان ان الميت أوصى الى زيد معهما) أى مع الوصيين الشاهدين (لغت) الشهادة (الا ان يدعى) هذا (زيد) فتقبل استحسانا والقياس أن لا تصح (وكذا) شهادة (الابنان) [illegible] (وكذا) شهادة (الوصيان) أى الوصيين (لوارث صغير بمال) مطلقا (أو لكبير بمال الميت) فلا تقبل لانه اذا شهد [illegible] أن شهد لكبير بمال غير الميت تقبل هذا عند أبى حنيفة (وقالا تقبل فى الوجهين) (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف وهو الشهود لهما [illegible] (لآخران) [illegible] (الشاهدان) (غيره)

التهمة بخلاف شهادتهما فى غير التركة كذا فى الهداية واعلم ان شهادة الوصى تصح على الميت لاله ولو بعد العزل وان لم يخاصم درعن الملتقى (قوله أى بدين ألف على الميت) عرف الميت ليكون عين لاول كما هو وضع المسئلة اذ لو اختلف المشهود عليه فلا يشك فى القبول شيخنا (قوله تقبل شهادة الفريقين) لان الدين يجب فى الذمة وهى قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا لو تبرع اجنبى بقضاء دين أحدهما لم يكن للآخر حق المشاركة كما فى الهداية وانما لا تقبل شهادة كل فريق بالوصية لاثباتهما الشركة فى المشهود به شيخنا (قوله بوصية ألف لان فيه اثبات الشركة) وفيه التهمة كما فى العينى وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت أوصى لهذين الرجلين بعده وشهد المشهود لهما انه أوصى للاولين بثلث ماله فهى باطلة لان الشهادة فى هذه الصورة مثبتة للشركة كما فى الهداية بخلاف ما اذا شهدا انه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما انه أوصى للشاهدين بعده حيث تجوز الشهادة بالاتفاق لعدم الشركة فلا تهمة ذكره فى الهداية ايضا (قوله وقال أبو يوسف لا تقبل فى الدين أيضا) لان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون حيث تجوز شهادة الغرما بعضهم لبعض لانه فى الذمة لبقائها الا فى المال فلا تتحقق الشركة كذا فى الهداية بقليل زيادة للايضاح

(كتاب الخنثى)

لما ذكر أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من يندر شلبى فالمناسبة الضدية شيخنا (قوله وهو من له فرج وذكر) ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا كما فى العينى قال الشلبى وهذا أبلغ وجهى الاشتباه ولهذا بدأ محمد كتاب الخنثى به ويخالفه ما ذكره القهستانى حيث قال من لم يكن له شئ منهما وخرج بوله من سرته ليس بخنثى ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف انا لا ندرى اسمه كما فى الاختيار وقال محمد انه فى حكم الانثى كما فى الضوء انتهى (قوله للاسبق خروجا) لانه دليل انه العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى زيلعى (قوله وان استويا فى السبق) فيه نظر اذ لا يتصور التساوى فى السبق فالصواب فى الخروج بان خرج البول منهما معا حموى (قوله فمشكل) لم يقل فمشكلة لانه لم يتعين أحد الامرين فجاء بالاصل وهو التذكير لان حواء خلقت من ضلع من اضلاع آدم عليه السلام حموى (قوله هذه العلامات قبل البلوغ) يشير الى ما ذكره القهستانى حيث قال وانما قالوا باشكاله اذا مات فى صغره والا فقد يزول الخ (قوله وان ظهر له ثدى أو لبن) فان قيل ظهور الثدى علامة مستقلة فلا حاجة الى ذكر اللبن قيل لان اللبن قد ينزل ولا ثدى أو يظهر له ثدى لا يتميز من ثدى الرجل فاذا نزل اللبن وقع التمييز حموى عن الجوهرة (قوله وان لم يظهر له علامة الخ) وما قيل من انه بعد البلوغ لا يتصور بقاؤه مشكلا رده فى حاشية الشلبى الا اذا أريد به الغالب وعن الحسن انه تعد اضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد عينى (قوله أو ظهرت وتعارضت) وفى الظهيرية تخرج منه المنى يعنى من ذكره والدم يعنى من فرجه العبرة للمنى دون الدم انتهى وفيه نظر لانه عند تعارض العلامات يكون مشكلا لعدم الترجيح واجيب بأن المنى لا يشتبه بغيره ودم الحيض ربما يشتبه بغيره حموى قوله فان قام فى صف النساء يعيد صلاته احتياطا عبارة الزيلعى فان كان بالغا يعيد صلاته حتما وان كان مراهقا يستحب له الاعادة والاصل فى أحكامه انه يؤخذ بالاحوط لكن قال فى الدر المختار قدمنا انه لا يجب الغسل بايلاج فيه وانه لا يتعلق التحريم بلبنه انتهى وقوله بايلاج فيه أى فى قبله (قوله وصلاته بقناع أحب) يعنى اذا كان مراهقا وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب عناية (قوله وان لم

أى بدين الف على الميت (تقبل) شهادة الفريقين (وان كانت شهادة كل فريق) لآخر (بوصية الف) لا تقبل وهذا قولهما وقال أبو يوسف لا يقبل فى الدين أيضا وذكر الخصاف ان على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يقبل وعلى قول محمد يقبل

(كتاب الخنثى)

تركيبه يدل على اللين والتكسير يقال خنث السقاء فانخنث أى تثناه فانثنى ومنه المخنث (وهو من له فرج وذكر فان بال من الذكر فغلام) ويرث ميراث الغلام (وان بال من الفرج فأنثى) يرث ميراث الانثى (وان بال منهما فالحكم للاسبق) خروجا (وان استويا) فى السبق (فمشكل) عند أبى حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا (ولا عبرة بالكثرة) عند أبى حنيفة وان استويا فى الخروج والكثرة فمشكل بالاتفاق وهذه العلامات ما قبل البلوغ (فان بلغ وخرجت له لحية أو وصل الى النساء) أو احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدى مستو (فرجل وان ظهر له ثدى) كثدى المرأة (أو لبن) فى ثديه (أو حاض أو حبل أو أمكن وطؤه فامرأة وان لم يظهر) للخنثى (علامة) من هذه العلامات (او) ظهرت و(تعارضت) هذه العلامات (فمشكل) ولما فرغ من تعريفه شرع فى احكامه من حيث قال (فتقف) فى الصلاة (بين صف الرجال والنساء) فلا يتخلل الرجال حتى لا تفسد صلاتهم ولا يتخلل النساء حتى لا يفسد صلاته فان قام فى صف النساء يعيد صلاته احتياطا وان قام فى صف الرجال فصلاته تمام ويعيد الذى عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا وصلاته بقناع احب وان صلى بغير قناع يعيدها استحسانا

بعدها جاز) يعنى اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة كما فى العناية يعنى اذا كان حرا ويجلس فى صلاته كالمرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة الجلوس وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن هداية (قوله أى يشترى من ماله امة تختنه) لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة كذا فى الهداية وفيه نظر ولهذا قصر الزيلعى الجواز على ما اذا كان ذكرا ثم قال وللضرورة ان كان أنثى لان نظر الجنس اخف انتهى ثم رأيت فى كلام شيخنا ما يشير الى الجواب عن صاحب الهداية بأن يقال معنى جواز النظر لمملوكته رجلا كان أو امرأة انه ان كان رجلا فجواز النظر لها لا يتقيد بالضرورة وان كان انثى فالجواز ثابت لها ايضا للضرورة لان نظر الجنس اخف (قوله فان لم يكن له مال فمن بيت المال) أى يقترض ثمنها فيشتريها كذا ذكره القهستانى وقال الزيلعى انها تدخل فى ملكه بقدر حاجة الختان يعنى فلا حاجة الى الاقتراض كذا ذكره شيخنا قلت وثمرة ذلك تظهر فيما اذا بيعت بأقل من ثمنها الذى اشتريت به فعلى ما ذكره القهستانى يكون ضامنا لذلك النقصان وعلى ما أشار اليه الزيلعى لا يضمن ولو زوج امرأة تختنه ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان انثى فنظر الجنس أخف وتعتد ان خلى بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلى ويلبس المخيط فى احرامه لان ترك المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل قال الاتقانى وينبغى ان يجب عليه الدم اذا كان الاشكال باقيا بعد البلوغ ولا يكشف عند رجل أو امرأة ولا يخلو به غير محرم ولا يسافر بغير محرم وان قال أنا رجل او امرأة لا عبرة به فى الصحيح لانه دعوى بلا دليل وقيل يعتبر لكن فى الملتقى بعد تقرر اشكاله لا يقبل وقبل يقبل وبه يحصل التوفيق در ولو مات قبل ظهور حاله لم يغسل ويمم بالصعيد لتعذر الغسل ثم ان كان الميمم اجنبيا يممه بالخرقة وان كان ذا رحم محرم فبدونها شلبى ويكفن فى خمسة أثواب وندب تسجية قبره ولا يحضر مراهقا غسل ميت ذكرا كان او أنثى ولو قال سيده كل عبد لى حر او كل أمة لى حرة لا يعتق ما لم يتبين امره ولو قال الامرين عتق للتيقن باحد الوصفين ولو قبله رجل لم يتزوج بأمه الا اذا تبين انه ذكر ولو قبلته امرأة لم تتزوج بأبيه الا اذا تبين بأنه امرأة ولو زوج من رجل او امرأة لا يحكم بصحته ما لم يتبين ولو زوج بمثله ان ظهر ان احدهما انثى والآخر ذكر صح ولا يتوارثان اذا مات احدهما قبل التبيين ويحد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء ولو ارتد او اسر لم يقتل ولا يدخل فى القسامة ولا تقرر عليه الجزية لو كافرا ولا يقسم له من الغنيمة ولكن يرضخ له ولا يرث من مولى ابيه لاحتمال انه انثى شلبى وعلى قياس ما قدمناه من ان بنت المعتق ترث فى زماننا ينبغى توريثه بالطريق الاولى لاحتمال انه ذكر لا يقال لم لا يشترى له امة تغسله كالختن لانا نقول لا فائدة فى شرائها بعد موته لانها لا تدخل فى ملكه لان الموت ينافى الملكية فتبقى اجنبية عنه بخلاف المشتراة فى الحياة حيث تدخل فى ملكه كذا فى العناية قلت قد ذكروا ان التركة تبقى على ملك الميت الى فراغ حاجته وتجهيزه وقضاء دينه فليكن هذا منها والموت لا ينافى الملكية كما فى مسئلة الشبكة حموى يعنى اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد ما مات فانه يملكه واقول هذا غير وارد على ما لا يخفى اما بالنسبة للايراد الاول فلان التركة كانت فى ملكه قبل موته بخلاف ما يشترى له بعد موته واما بالنسبة للايراد الثانى فلان الصيد حصل بفعله وقصده حيث نصب الشبكة لذلك بخلاف ما نحن فيه فتدبر (قوله تختنه) من بابى ضرب ونصر (قوله وله اقل النصيبين) فلو تركت امرأة زوجا واما واختا لاب وام هى خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقى وهو السدس على انه عصبة لانه اقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا واما واخوين من ام واخا لاب وام وهو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين للام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر انثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة عينى (قوله يعنى اسوء الحالين) يشير الى الجواب عما يقال قول المصنف وله اقل النصيبين لا يشمل حالة الحرمان حموى (قوله وفى قول

وان لم (بعدها) جاز (وتباع له)
ويشترى من ماله (أمة تختنه فان لم
يكن له مال فمن بيت المال) يشترى
(ثم تباع) الامة بعد الختنة ورد
ثمنها الى بيت المال (وله) أى للخنثى
المشكل (اقل النصيبين) يعنى اسوء
الحالين عند أبى حنيفة وهو قول
عامة الصحابة وعليه الفتوى (فلو
مات أبوه وترك ابنا) وخنثى مشكلا
فالمال بينهما أثلاثا (له سهمان وللخنثى
سهم) وهو نصيب البنت

ابى يوسف آخراله نصف ميراث ذكر الخ) مثل قول الشعبي اعلم ان ابا يوسف ومحمدا اختلفا فى تخريج قول الشعبى فقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف النصف ونصف الكل وذلك ثلاثة ارباع المال وليس للمال كل وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه بطريق العول وقال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد منهما فى حالة الاجتماع فنقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستة للخنثى على تقدير انه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة فى اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير انه ذكر وأربعة على انه انثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان وفى تأخير صاحب الهداية قول محمد اشارة الى اختياره لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب اليه أبو يوسف سهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفة ذلك يطلب من العناية قال العينى وقال شمس الائمة خرجا قول الشعبى ولم يأخذ به (مسائل شتى) أى متفرقة جمع شتيت فعيل بمعنى فاعل حمل على فعيل بمعنى مفعول كمريض ومرضى وهذا جمع على فعلى قهستانى وهو من دأب المصنفين لتدارك مالا يذكر فيما كان يحق ذكره فيه در (قوله ايماء الاخرس الخ) لان الاشارة قد تكون بيانا من القادر فاطلق بالعاجز والكتاب ممن نأى كالخطاب عند العجز ففى حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر والزم عينى (قوله لا فى حد) لان الحدود تدرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى ولا فى شهادة كما فى الاشباه عن التهذيب وهل يصح اسلامه بالاشارة ظاهر كلامهم نعم ولم أره صريحا در عن الاشباه والفرق بين الحد والقصاص ان الحد لا يقام بالبيان لا شبهة فيه والقصاص يقام بالشهادة او اقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد والحاصل ان القصاص شرع عوضا شرعيا جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كالاعواض التى هى حق العبد اما الحدود فشرعت للزجر عارية عن معنى العوضية لانها حق الله تعالى فلا تثبت مع الشبهة بل تسقط معها واعلم ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة خلافا لما قيل لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع وجود الكتابة لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفى الاشارة زيادة أمر لم يوجد فى الكتابة لانها اقرب الى النطق منها شيخنا عن الزهاوى (قوله وقال الشافعى هما سواء) لان تجوز الفساد والعجز وهو شامل ولنا ان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلى فلا يتقاسان هداية (قوله وامتد) قدره التمرتاشى بسنة وروى عن ابى حنيفة ان العقلة اذا دامت الى وقت الموت تعتبر اشارته وبه يفتى در وسيأتى فى كلام الشارح ما يشير الى ان المراد بالامتداد دوامه للموت وهو قوله كما فى الاخرس ثم مفاد كلامهم انه لو أقر بالاشارة أو طلق مثلا توقف فان مات على عقلته نفذ مستندا والا لا ولو تزوج بالاشارة لا يحل له وطؤها لعدم نفاذه لكنه اذا مات صار له حل لها المهر من تركته كذا فى الدر المختار قال ويخالف ذلك ما فى البحر من باب التعليق حيث قال والضابط للمقتصر والمستند ان ما صح تعليقه بالشرط يقع مقتصرا وما لا يصح تعليقه يقع مستندا اذ مقتضاه وقوع الطلاق والعتاق ونحوهما مما يصح تعليقه بالشرط مقتصرا انتهى (قوله ثم الكتابة الخ) من الصحيح والاخرس كما فى الاشباه وكما يفهم من الزيلعى شيخنا (قوله وليس بحجة الا بالنية الخ) أى لا بد من انضمام مرجح اليه وهو النية ويقوم مقامها الاشهاد والاملاء عليه ليكتب لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد

وفى قول أبى يوسف آخراله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى * (مسائل شتى) * (ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان فى وصية) متعلق بقوله كالبيان (ونكاح وطلاق وعتاق وبيع وشراء وقود) وقصاص منه وله (لا فى حد) عليه ان كان قاذفا بالاشارة أو الكتابة ولا حد له على الغير ان كان مقذوفا كذا فى النهاية اعتقل لسانه على ما لم يسم فاعله اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه والمراد بالاخرس الاصلى لا العارض اعلم انه اذا قرأ على الاخرس كتاب فيه وصية فقيل له انشهد عليك بما فى هذا الكتاب فأومأ برأسه أى نعم أو كتب نعم فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولو اعتقل لسان الرجل فقرأ عليه كتاب وصية فأشار برأسه أى نعم أو كتب نعم فهو باطل وقال الشافعى هما سواء فى الجواز ولا فرق بين العارض والاصلى واشارة المعتقل لا تعتبر ان لم يكن له اشارة معهودة معلومة حتى لو اعتقل لسان المريض وامتد وصار له اشارة معلومة يجب الحكم به كما فى الاخرس ثم الكتاب على ثلاثة أوجه مستبين مرسوم أى معنون اى مصدر بالعنوان وهو ان يكتب فى صدره من فلان الى فلان وهو يجرى مجرى النطق فى الحاضر والغائب على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار ينوى فيه لانه ليس بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وليس بحجة الا بالنية والبيان وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم (غنم مذبوحة) وفيها (ميتة) ولا يعرف المذبوح من الميتة ولكن عرف قتلها (فان كانت) المذبوحة (اكثر تحرى) فيها (واكل والا) أى وان لم تكن المذبوحة اكثر بأن كانت الميتة اكثر او كانا نصفين (لا) يؤكل وهذا فى حال الاختيار (وأما) فى حال الضرورة بأن يجد ذكية بيقين تحرى واكل سواء كانت المذبوحة اكثر أو اقل

لايكون حجة والاول الظاهر زيلعي وهذا ظاهر فيما اذا كان صحيحا فان كان أخرس بين نيته لكتابته شلبي وحموي (قوله وقال الشافعي لايحل الاكل في حالة الاختيار) بالتحري وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الاترى ان أسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لاضرورة اليه لقلته عيني وفي الثياب الطاهرة والنجسة يتحرى ويصلي على كل حال لان له ان يصلي في ثوب الطاهر منه اقل من ربعه والاواني المتنجس بعضها كالمسالخ الذكية والميتة كذا بخط شيخنا (قوله لف ثوب نجس) أي تنجس بماء نجاسته عرضية فخرج مالو تنجس بعين النجاسة كالبول الى هذا أشار شيخنا (قوله لكن لايسيل لو عصر) أي الثوب الطاهر كذا في شرح السمرقندي وظاهر كلام الزيلعي ان الضمير راجع للنجس وكذا العيني وبه صرح في شرح مواهب الرحمن حموي (قوله لاينجس) كما لو نشر الثوب المبلول على حبل نجس يابس أو غسل رجله ومشى على أرض نجسة أونام على فراش فعرق ولم يظهر اثره لاينجس ولومشى على أرض رطبة نجسة ورجله يابسة تنجس حموي وتنوير وشرحه (قوله والحرق كالغسل) لان النار تأكل مافيه من النجاسة ولهذا لوأحرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لايتنجس الخبز وكذا اذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار عيني (قوله جعل الخراج لرب الارض جاز) ولو وهبه منه فله ان يقبل ان كان مصرفا حموي عن المفتاح (قوله وان جعل العشر لا) هذا عند أبي يوسف وقالا لايجوز فيهما لانهما في جماعة لمسلمين ولابي يوسف ان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قوله الفتوى عيني وهذا اذا كان رب الارض غنيا واما اذا كان فقيرا يجوز حموي عن المفتاح وأشار العيني بقوله ان له حقا في الخراج الى انه من المصارف فان لم يكن من المصارف لم يجز بالاتفاق حموي عن المفتاح قال وعلى هذا الخلاف القضاة والفقهاء (قوله اراضي لامالك لها) أي الآن لموت ملاكها فلاينافي كلام المتن كذا قيل وفيه تأمل من وجهين اما اولا فلان ماذكره الشارح من انه لامالك لها مخالف لما في الزيلعي والعيني والدر وشرح الحموي وعبارة الزيلعي ثم اعلم ان أصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض واداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة أي يؤجر الاراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها فان فضل شئ من أجرتها يدفعه الى أصحابها وهم الملاك الخ واما ثانيا فلان التقييد بانه لامالك لها يوهم ان الامام ليس له ماذكر مع وجود الملاك وليس كذلك فتدبر فان لم يجد الامام من يستأجرها باعها وأخذ الخراج الماضي من الثمن ورد الفضل على أصحابها زيلعي قلت وقدمنا في الجهاد ترجيح سقوطه بالتداخل فيحمل على المرجوح أوعلى انه أراد أخذ خراج السنة الماضية فقط در وان أراد السلطان ان يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ثم يشتري من المشتري شلبي عن قاضيخان (قوله صح وان لم ينو الخ) قال الزيلعي والاصح اشتراط التعيين في الصلاة وفي رمضانين قال في البحر ونية التعيين لم تشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعات الترتيب واجبة عليه ولايمكنه مراعاته الابنية التعيين حتى لوسقط الترتيب بكثرة الفوائت يكفيه نية الظهر لاغير كذا في المحيط وهو تفصيل حسن ينبغي حفظه لكن قال في الاشباه وهذا مشكل وماذكره أصحابنا كقاضيخان وغيره خلافه وهو المعتمد درفعلى مااعتمده في الاشباه لايسقط اشتراط التعيين بكثرة الفوائت لكن لايخفى مافيهم من الحرج الا ان يحمل على عدم نسيان الاوقات (تتمة) في سجود التلاوة لايلزمه التعيين وانما عليه حفظ العدد شلبي (قوله لان ناوي القربتين في الصوم متنفل) اذ لايلزم من بطلان الوصف بطلان الاصل حموي ولايجوز عن واحد من الرمضانين لاختلاف السبب

وقال الشافعي لايحل الاكل في حال
الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر
(لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر
يابس وظهر رطوبته على ثوب طاهر
لكن لايسيل لو عصر لاينجس) وهو
الصحيح (رأس شاة متلطخ بالدم أحرق
الرأس وزال عنه الدم فاتخذ منه
مرقة جاز والحرق كالغسل سلطان
جعل الخراج لرب الارض جاز وان
جعل) السلطان (العشر) لرب
الارض (لا) يجوز (ولو دفع) السلطان
(الاراضي المملكة الى قوم ليعطوا
الخراج جاز) وتفسيرها أراضي لامالك
لها وطريق ذلك أن يقيمهم الامام
مقام المالك في الزراعة واعطاء
الخراج لاغير وقيل جواز البيع قول
محمد وأبي يوسف وقيل قول الكل
كذا في الخزانة (ولو نوى قضاء رمضان
ولم يعين اليوم صح ولو نوى عن)
قضاء رمضانين كقضاء الصلاة صح
(وان لم ينو) المصلي (أول صلاة أو آخر
صلاة عليه) واعلم ان المراد بقوله ولو
نوى عن قضاء رمضانين قضاء أحد
رمضانين وان لم ينو الصائم أول
رمضان أو آخر رمضان ولم يرد جميعها
في النية لان ناوي القربتين في الصوم
متنفل فتأمل (ابتلع) صائم (بزاق
غيره كفر) لوكان الغير (صديقه
والا) أي

(وان لم يكن) صديقه (لا) تجب عليه الكفارة (قتل بعض الحاج) في طريق مكة (عذر) للناس (في ترك الحج توزن من شدى فقالت شدم لم ينعقد النكاح خوشتره رازن منكردانيدى فقالت كردانيدم و (قال) الرجل (پيذيرفتم ينعقد) النكاح (دختر خوشتره را برمن ارزانى داشتى فقال داشتم) لا ينعقد (منعها زوجها عن الدخول عليها وهو) قد كان (يسكن) الزوج (معها في بيتها نشوز ولو سكن) الزوج (في بيت الغصب فامتنعت) منه زوجته (منه لا قالت) الزوجة للزوج (لا أسكن مع أمتك وقالت) أريد بيتا على حدة ليس لها ذلك قالت) الزوجة للزوج (مرا طلاق ده فقال داده كيرا وداده باد او كرده باد ينوى) مبنى للمفعول أي يوكل الى نيته (٥٥٧) فان كانت له نية (يقع) رجعي والا لا ومنهم من لا يشترط النية (ولو قال داده أست وكرده است يقع نوى أولا فلو قال داده انكارا وكرده انكارا لا يقع وان نوى) ولو قال رجل في جواب من ذكر زوجته (وى مرا نشايد تاقيامت أو همه عمرى لا يقع الا بالنية ولو قال لامرأته (حيلة زنان كن) يعني تزوجي بزوج حتى تحلي لي (اقرار بالثلث) قال (حيلة خوشتن كن لا) يكون اقرارا بالثلث لزوجها ولو قالت امرأة لزوجها (كابين ترا بخشيدم (مرا زجنك بازدار ان طلقها) في المجلس (سقط المهر والا) أي وان لم يطلقها في المجلس (لا) يسقط (قال) المولى (لعبده يامالكي أو لامته أنا عبدك لا يعتق) ولو قال (برمن سوكند أست أين كار نكنم اقرار باليمين بالله تعالى وان قال برمن سوكند است بطلاق زنم كه ذلك) حتى لو فعل ذلك تطلق امرأته (فان قال) الحالف (قلت ذلك) أي مرا سوكند است بطلاق (كذبا لا يصدق) حتى لو باشر ذلك الفعل يقع الطلاق (ولو قال مرا سوكند خانه است كه ان كار نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق و) لو (قال البائع بها بازده فقال البائع بدرهم يكون فسخا للبيع العقار المتنازع لا يخرج من يد ذي اليد مالم يبرهن المدعى) على وفق دعواه قيد بالعقار لانه ذكر في الفتاوى الصغرى اذا طلب المدعى بنفس المدعى من القاضي وضع المنقول على يد عدل ولم يكتف بالكفيل بالنفس وان كان المدعى عليه عدلا لا يجيبه القاضي وان كان فاسقا يجيبه وفي العقار لا يجيبه الا في الشجر الذي عليه الثمر لان الثمر نقلي (عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه) وفي فصول الاستروشني لو ادعى على رجل في بلدة دارا

أو الدار في غير تلك البلدة فاقام المدعى البينة قبلت وقضى لها المدعى وجاز قضاؤه وان لم تكن الدار في ولاية هذا القاضي هكذا ذكره في فصل دعوى الدور والاراضي في دعوى فتاوى قاضي خان (اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال) ذلك القاضي (رجعت عن قضائي أو قال بدا لي) أي ظهر لي رأي (غير ذلك او) قال (وقعت في تلبيس الشهود أو) قال (ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر) قول القاضي في الصور كلها (والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة) وهي ما يتعلق بها احكامها من احضار الخصم والمطالبة بالجواب والاتيان بالبينة (وشهادة مستقيمة) وهي شهادة عدول اذا جمعت شرائط الصحة احترازا عما اذا قال ذلك بعد دعوى فاسدة او شهادة غير مستقيمة يعتبر قوله ويبطل به القضاء وصورة الدعوى الفاسدة اذا ادعى

فصار كما اذا نوى ظهرين وكان الاولى حذف قول الشارح في الصوم (قوله وان لم يكن صديقه لا تجب عليه الكفارة) لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد عيني (قوله قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج) فلا يأثم لان أمن الطريق شرط واختلف هل هو شرط الوجوب او شرط الاداء وقد ذكرناه عيني (قوله نشوز) هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان لينقلها الى منزله او ليكتري لها منزلا فلا نشوز لان السكنى واجبة لها عليه بخلاف ما اذا كانت ساكنة في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا عيني وشلبي (قوله ولو سكن في بيت الغصب الخ) لانها محقة اذ السكنى فيه حرام عيني بخلاف ما لو كان فيه شبهة در (قوله ليس لها ذلك) لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك عيني وكذا مع أم ولده در (قوله لا يعتق الخ) لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يامولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق عيني (قوله مالم يبرهن) على وفق دعواه كذا في الدر المختار ويخالفه ما في الزيلعي والعيني وشرح الحموي لقولهم مالم يبرهن على انه في يده ولا يكفي تصديق المدعى عليه لاحتمال المواضعة لانه يحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة ويكفي علم القاضي كما في التنوير لكن استدرك عليه في الدر بأن المفتى به في زماننا انه لا يعمل بعلم القاضي وهذا اذا ادعاه ملكا مطلقا اما اذا ادعى الشراء من ذي اليد واقراره بأنه في يده فانكر الشراء واقر بكونه في يده لم يحتج لبرهان على كونه في يده لان دعوى الفعل كما تصح على ذي اليد تصح على غيره أيضا درعن البزازيه ولم يظهر لي وجه قوله لم يحتج لبرهان الخ لان احتمال المواضعة ثابت في هذه الصورة أيضا (قوله لا يصح قضاؤه فيه) لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان او الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يقض عيني واعلم ان ما جزم به في الكنز والملتقى خلاف الصحيح قال في التنوير وشرحه عقار لا في ولاية القاضي يصح قضاؤه فيه كمنقول هو الصحيح وتقدم في القضاء ان المصر ليس بشرط فيه به يفتى ويكتب بالحكم لقاضي تلك الناحية ليأمره بالتسليم انتهى (قوله وجاز قضاؤه وان لم تكن الدار الخ) قال شيخنا هو الصحيح كما في البحر عن الخلاصة والبزازيه قال واياك ان تفهم خلاف ذلك فانه غلط انتهى (قوله اذا قضى القاضي في حادثة ببينة الخ) تقييده بالبينة يشير الى الاحتراز عما لو قضى بعلمه او بخلاف مذهبه او ظهر خطؤه ففي هذه الثلاث يجوز له الرجوع وفي التنوير وشرحه قال الشهود قضيت وانكر القاضي فالقول له به يفتى خلافا لمحمد مالم ينفذه قاض آخر فحينئذ لا يكون القول قوله لوجود قضاء الثاني (قوله او بدا الى الخ) بدا الامر بدوا مثل قعد قعودا أي ظهر وأبديته اظهرته وقرئ قوله تعالى هم أراذلنا بادئ الرأي أي في ظاهر الرأي ومن همزه جعله من بدأت معناه أول الرأي وبدا القوم بدوا أي خرجوا الى باديتهم مثال قتل قتلا وبدا له في الامر بدا ممدود أي نشأ له فيه رأي شيخنا عن الصحاح (قوله لا يعتبر قول القاضي) لتعلق حق الغير به وهو المدعى در (قوله ان كان بعد دعوى) صحيحة فلو رفع اليه قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت اليه وعمل الحنفي

بمقتضى مذهبه تنوير (قوله جازت شهادتهم بذلك الاقرار) لانه موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق الشهادة عيني (قوله لا تقبل) لان النغمة تشتبه فيحتمل ان يكون المقر غيره الا اذا علموا انه ليس فيه غيره بأن دخلوا البيت ثم خرجوا وجلسوا على بابه ولا مسلك له غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقراره ولم يروه وقته عيني (قوله باع عقارا او بعض اقاربه الخ) بخلاف الاجنبي ولو جارا الا اذا تصرف المشتري فيه زرعا وبناء فلا تسمع دعواه تنوير وبخلاف ما اذا باع الفضولي ملك رجل والمالك ساكت حيث لا يكون سكوته رضاء در (قوله لا تسمع دعواه) كما لو ضمن الدرك او تقاضى الثمن در لانه تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بأنه ملك البائع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاضرار بالناس كذا في الزيلعي وهو ظاهر في انه اذا ادعى ان المبيع له وانه حالة البيع لم يكن يعلم انه له لم يقبل منه ذلك فما أجاب به الغزي من ان دعواه تسمع سواء كان قريبا او اجنبيا لدعواه عدم العلم حالة البيع بأن المبيع ملكه فلا تلبيس قال وأخذت هذا الجواب من مفهوم عبارة الزيلعي في مسائل شتى آخر الكنز حيث علل المنع من سماع الدعوى بانه تلبيس انتهى فيه نظر ظاهر (تتمة) باع أرضا ثم ادعى انها وقف وأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل لانه متناقض وان أقام البينة اختلفوا قال بعضهم لا تقبل لان التناقض يمنع الدعوى وقال أبو جعفر تقبل لان الوقف حق الله فلا يشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الامة الا انه ان كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى له من الغلة شيء وتصرف الغلة للفقراء لان الشهادة قبلت لحق الفقراء قال وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان كان الوقف على قوم باعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وان كان الوقف على الفقراء او على المسجد على قول أبي يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول ابي حنيفة لا تقبل كذا بخط شيخنا عن قاضيخان من كتاب الوقف ثم رأيت في حاشية الشلبي عن قاضيخان من فصل الاستحقاق ما نصه باع دارا ثم ادعى انها وقف اختلف المشايخ فيه والاصح انها لا تسمع كما لو ادعى بعد البيع انه لغيره بخلاف ما لو باع عبدا ثم ادعى انه حر وانه اعتقه قبل البيع فانه تسمع دعواه انتهى بتصرف وذكر في التنوير وشرحه باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه واقام بينة تقبل على الاصح لا لصحة الدعوى بل لقبول البينة في الوقف بلا دعوى خلافا لما صوبه الزيلعي (قوله ولو وهبت مهرها زوجها الخ) فلو اقام الزوج بينة ان الهبة في صحتها والورثة انها كانت في المرض قدمت بينة الزوج (قوله فالقول له مخالف) لما في التنوير حيث قال فالقول للورثة تبعا لرواية الجامع الصغير واعتمدها في الخانية لانهم تصادقوا على وجوب المهر واختلفوا في السقوط فالقول لمنكره قال في الدر واقره في تنوير البصائر واعتمده شيخنا على خلاف ما جزم به في الملتقى كالكنز من ان القول للزوج وان جزم شراحه كالزيلعي وابن سلطان بأنه الاستحسان واستظهره ابن الهمام في آخر المهر وقال وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق بل لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له انتهى (فرع) زفت اليه بلا جهاز يليق به فله مطالبة الاب بالنقد كما في القنية زاد في البحر عن المبتغى الا اذا سكت طويلا فلا خصومة له لكن في النهر عن البزازية الصحيح انه لا يرجع على الاب بشيء لان المال في النكاح غير مقصود در من باب المهر (قوله ولست بمبطل فيما تدعيه عليه) أي يقول له القاضي ذلك في خلال اليمين كذا ذكره الحموي ثم قال وهذا الاصح ذكره في التحليف كما يستفاد من صدر الشريعة (قوله عند أبي يوسف) وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا تضره اليمين ان كان صادقا زيلعي (قوله وعند أبي حنيفة ومحمد الخ) وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة زيلعي (قوله الاقرار ليس بسبب للملك) لا وجود لهذا في المتن الذي شرح عليه الزيلعي والعيني (قوله فسكت صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين لمن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط

جحدوا اولم يبين انه كرم اوارض والشهود
شهدوا كذلك (خبأ قوما ثم سأل
رجلا عن شيء فاقر) المسؤل عنه (به) اى
بذلك الشيء (وهم) اى المخبوء (يرونه
ويسمعون كلامه) اى كلام الرجل (وهو) اى
الرجل المسؤل عنه (لا يراهم جازت شهادتهم
وان سمعوا كلامه ولم يروه لا) تقبل شهادتهم
أفاد به حاضر يعلم
(باع) رجل (عقارا او بعض) ... (لا يسمع) دعواه وان
البيع ثم ادعى) البعض (ولو وهبت) المرأة
لم يعلم البيع تسمع دعواه
(مهرها الزوج وجهازها فماتت المرأة فطالبت ورثتها
مهرها منه) اى من الزوج (وقالوا) اى الورثة
(كانت الهبة في مرض موتها وقال) الزوج لا بل
(في الصحة فالقول له) لو (اقر بدين او عين ثم قال
كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له على أن
المقر ما كان كاذبا فيما اقر ولست بمبطل فيما
تدعيه عليه) هذا عند ابي يوسف وعليه الفتوى
وعند ابي حنيفة ومحمد يؤمر بتسليم المقر به الى
المقر له (الاقرار ليس بسبب للملك) ولهذا قالوا
لو اقر رجل بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره
لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله
تعالى الا ان يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكا
مبتدأ (قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت)
المخاطب ولم يقبل ولم يرد (صار وكيلا) حتى
لو كانت الوكالة في صلب العقد لم ينعزل بعزله
كما مر في باب الرهن (وكلها) اى وكل امرأته
(بطلاقها لا يملك) الزوج (عزلها) مطلقا سواء
كان التوكيل دوريا او غيره بقرينة قريبة وهو
تفويض كما لو قال لها طلقي نفسك كذا
في الخانية وليس له ان يرجع عنه

لان فيه معنى اليمين واليمين تصرف لازم كذا في الهداية والضمائر راجعة الى منكوحة الموكل خذ هذا واحفظه فانه من مزالق الاذكياء

الدين لما بينا وان قال من ساعته لا اقبل بطل و بقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت ارضى هذه وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصارى لا يبطل لانه وقع لله تعالى قال الزيلعى والاشبه ان يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت دارى (قوله لان فيه معنى اليمين) وهو تعليق الطلاق بفعلها عينى (قوله يشير الى هذا السياق) والسياق سياق الكلام بالباء الموحدة أوله وسياقه بالياء المثناة من تحت آخره حموى (قوله عزلتك ثم عزلتك) أى ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية زيلعى (قوله يقول رجعت عن الوكالة المعلقة الخ) لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لان كلمة كلما تقتضى تكرار الافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع عينى (قوله على خلاف جنسه) بأن وقع على دراهم او دنانير أو على شئ آخر فى الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الداين بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فيصير صرفا او بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ زيلعى (قوله لانه لو صالح على جنسه الخ) كما لو كان عليه مائة دينار مثلا فصالحه على نصفها مؤجلا يجوز لانه لا صرف ولا بيع لعدم المعاوضة بل هو اسقاط لبعض حقه وتأجيل للباقى (قوله وان لم يكن دينا بدين الخ) لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا فى الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة فى الذمة عينى (قوله جاز ان كان أصلح الخ) لان للصبى فيه منفعة وهى سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعى بالبينة فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعى عينى (قوله بما يتغابن الناس فيه) لانه لا يمكن التحرز عنه زيلعى (قوله لا يجوز الصلح) لان الاب يصير متبرعا بمال الصبى عينى وان كان الاب هو المدعى للصغير ولا بينة له يجوز كيف ما كان لانه لم يثبت للصبى فيما ادعاه الاب له ملك زيلعى وقوله كيفما كان أى وان كان بدل الصلح اقل من القيمة ولو بكثير لانه لا ملك للصبى ووزان ما سبق من قول المصنف أو كانت البينة غير عادلة اذ يقال هنا ايضا وكذا اذا كان للصبى بينة غير عادلة فتدبر (قوله فبرهن ولو بعد حلف خصمه) وكذا لو قال عند طلبه ليمينه اذا حلفت فأنت برئ من المال الذى لى عليك وحلف ثم برهن على الحق قبل وقضى له بالمال درعن الخانية وجواهر الفتاوى (قوله تقبل فى الصورتين) لامكان التوفيق بالنسيان ثم بالتذكر كما لو قال ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد او قال لا حجة لى على فلان ثم أتى بالحجة لما قلنا بخلاف ما اذا قال ليس لى حق ثم ادعى حقا لم تسمع للتناقض تنوير وشرحه اما لو قال هذه الدار ليست لى او قال ذلك لعبد ثم اقام البينة ان الدار او العبد له تقبل لانه لم يثبت باقراره حق لاحد اذ الاقرار للمجهول باطل والتناقض انما يمنع اذا تضمن ابطال حق على أحد ولو كان لذى اليد منازع حين قوله ذلك فهو اقرار بالملك له فى رواية حموى عن العمادى (قوله ان يقطع) من الاقطاع عينى (قوله حصة من طريق الجادة) ليحييها كما فى لرمز وفيه نظر لان الاحياء انما يكون فى الموات والطريق ليس مواتا حموى (قوله ان لم يضر بالمارة) لان للامام ولاية التصرف فى حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى فى ذلك مصلحة لهم كان له ان يفعله من غير ان يلحق ضررا باحد زيلعى (فرع) و جعل حفر بئرا فى الطريق فعطب بها انسان ان كان باذن الامام لا ضمان عليه والا ضمن خانية حموى عن المفتاح (قوله صح البيع) لانه غير مكره لانه باعه باختياره غاية الامر انه احتاج الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالداين اذا حبس المديون فباع ماله لقضاء دينه لانه انما وقع الكره فى الايفاء لا فى البيع عينى (قوله وان اكرهها على الخلع وقع الطلاق) علله الزيلعى بأن طلاق المكره واقع وتعقبه الشلبى بأنه اذا كان الزوج هو الذى اكرهها فكيف يعلل بأن طلاق المكره واقع ولا يصح هذا التعليل الا اذا قرئ وان اكره أى الزوج والمرأة اى اكرههما

(و) لو قال لآخر (وكلتك بكذا) اى ببيع كما وقع فى بعض النسخ مكانه ويجوز ان يكون اشارة للطلاق فح يكون الوكيل اجنبيا بالطلاق منكوحته أو هذه لتطلق ضرتها يشير الى هذا السياق والسياق (على) شرط (انى متى عزلتك فأنت وكيلى) واراد ان يعزله عن هذه الوكالة (يقول فى عزله عزلتك ثم عزلتك) وقال شمس الائمة السرخسى والقاضى الامام الاسبيجابى يقول عزلتك عن الوكالة المعلقة بالشرط كذا فى الفتوى السراجية والخلاصة ثم قال فى الخلاصة قيل هو المختار (ولو قال) وكلتك بكذا على شرط انه (كلما عزلتك فانت وكيلى) واراد ان يعزل (يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة قبض بدل الصلح شرط) فى المجلس (ان كان) البدل (دينا بدين) اى بمقابلة الدين هذا اذا كان على خلاف جنسه حتى لو صالح على جنسه مؤجلا يجوز (والا) اى وان لم يكن دينا بدين بأن يكون عقارا بعقار او عقارا بدين (لا) يشترط القبض فيه (ادعى رجل على صبى دارا فصالحه أبوه على مال الصبى فان كان للمدعى بينة جاز ان كان) الصلح (بمثل القيمة أو أكثر من قيمة الدار (مما يتغابن) الناس (فيه وان لم تكن له بينة أو كانت البينة غير عادلة لا) يجوز وانما قيد بمال الصبى لانه لو صالح على مال نفسه جاز من غير تفصيل (قال) المدعى (لا بينة لى) فى هذه الدعوى (فبرهن) واقام البينة عليه (أو) قال الشاهد (لا شهادة لى) فى هذه الدعوى (فشهد تقبل) فى الصورتين عند أبى حنيفة وقال محمد لا يقبل والاصح هو الاول (للامام الذى ولاه) أى جعل (الخليفة) واليا واعطاه الولاية (أن يقطع) أى يعطى (انسانا) حصته (من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة) قوله للامام يجوز ان يكون فى محل الرفع على انه خبر ان يقطع أو متعلق بمحذوف وهو يجوز (من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله) أى مال من صادره فباع المصادر ماله (صح) قيد بقوله ولم يعين لانه لو عين بيع ماله أو امره بالبيع فباعه مكرها لا يصح الا ان يأخذ الثمن طوعا

(خوفها) أى خوف الزوج امرأته لان تهب مهرها (بالضرب حتى وهبت مهرها لا تصح) الهبة (ان قدر) الزوج (على الضرب) وان لم يكن قادرا عليه صح الهبة (وان أكرهها على الخلع) وخالعت (وقع الطلاق

و) لكن (لا يسقط المال ولو أحالت) بمهرها (انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا تصح) الهبة (اتخذ) رجل (بئرا في ملكه او بالوعة) هي ثقب في وسط الدار (فنز) وخرب (منها حائط جاره وطلب) الجار (تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحائط منه لم يضمن) الحافر قيمة الحائط ولو (عمر) الزوج (دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة) أى نفقة الدار من اجرة البناء وغيرها (دين عليها او) لو عمر دار زوجته (لنفسه بلا اذنها فله) العمارة (ولو عمرها لها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع) في النفقة فلا يرجع عليها بشئ وعلى هذا سائر الاملاك كالكرم وغيره (ولو أخذ غريمه فنزعه) أى الغريم (انسان من يده) أى الآخذ (لم يضمن) النازع ولو كان (في يده مال انسان فقال له السلطان ادفع الى هذا المال والا) أى وان لم تدفع الى هذا المال (أقطع يدك أو أضربك خمسين) سوطا (فدفع لم يضمن) الدافع مطلقا (قيد) بالسلطان لان الاكراه عند أبي حنيفة لا يتحقق الا منه حتى لو قال له غير ذلك فدفع يضمن عنده وعندهما ان كان المكره قادرا على ايقاع ما توعد به لا يضمن والا يضمن (وضع منجلا) أى واسع الطعن (في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل كره من الشاة الحياء) أى الفرج (والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) ومن أراد حفظ هذه الاشياء فليحفظ هذا النظم

اذا ركبت شاة فكلها * سوى سبع وفيهن الوبال
فحاء ثم خاء ثم غين * ودال ثم ميمان وذال

ويجوز (للقاضي ان يقرض مال الغائب ومال الطفل واللقطة) بالنصب (صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا) والحال انه (لا تقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك ختانه كشيخ أسلم وقد قال أهل البصر لا يطيق) الشيخ (الختان) أى ترك في الصبي كما ترك في هذا الشيخ (ووقته سبع سنين) أى ابتداء وقته سبع سنين وذكر في الذخيرة أقصى وقته اثنى عشرة سنة

انسان (قوله ولكن لا يسقط المال) اذ الرضا شرط فيه زيلعي والمراد من المال في كلام المصنف بدل الخلع وهو المهر الذي بذمة الزوج وفي بعض النسخ ولا يلزم المال الذي جعلته بدل الخلع (قوله ولو احالت بمهرها الخ) اما اذا اطلقت الحوالة و وهبت المهر صح اذ لا منافاة شلبي (قوله لا تصح الهبة) قالوا وهي الحيلة قلت انما تتم بقبوله الا ان يقال انه يتمكن المحال من مطالبته برفعه الى من لا يشترط قبوله در وجه عدم صحة الهبة انه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة الغرماء عند موتها فيرد تصرفها فصار كما لو باع المرهون او وهبه زيلعي (قوله لم يجبر) مفاده انه يؤمر بالرفق دفعا للاذى در (قوله لم يضمن لعدم تعديه) ومر في الاجارة انه لو سقى ارضه سقيا لا تحتمله فتعدى لجاره ضمن در (تتمة) أراد ان يبني تنورا أو طاحونا لم يجز قال الصدر الشهيد وكان والدي يفتي بأنه ان كان الضرر بينا يمنع وعليه الفتوى حموي (قوله عمر من باب كتب) كذا بخط شيخنا ثم نقل عن الجوهري ما نصه وعمرت الخراب اعمره عمارة فهو عامر أى معمور مثل ماء دافق أى مدفوق وعيشة راضية اى مرضية انتهى (قوله والنفقة دين عليها) لانه غير متطوع فيرجع عليها لصحة الامر كالمأمور بقضاء الدين عيني (قوله فله العمارة) ويكون غاصبا للعرصة فيؤمر بالتفريغ بطلبها در قال المقدسي هذا اذا كان كل الآلة ملكه فلو كان بعضها لها او بعضها ملكه يصير مشتركا بينهما حموي (قوله ولو لها بلا اذنها الخ) ولو اختلفا في الاذن وعدمه ولا بينة فالقول لمنكره بيمينه وفي ان العمارة لها او له فالقول له لانه المملك در بقي ما لو عمر لنفسه باذنها ففي الفوائد ينبغي ان تكون العمارة له والعرصة لها ولا يؤمر بالتفريغ ان طلبت (قوله فنزعه انسان من يده لم يضمن) لانه تسبب وقد وجد فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق او دل السارق على مال الغير لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن امسك هاربا من عدوه حتى قتله زيلعي ولكن يعزره الامام حتى لا يعود الى مثله كذا في غصب النوازل حموي (قوله فدفع لم يضمن) لانه مكره عليه عيني (قوله منجلا) بكسر الميم (قوله سنان) بكسر السين (قوله لم يؤكل) لان الشرط ان يجرحه انسان او يذبحه ولم يوجد وتقييده باليوم الثاني اتفاقي حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه عيني وأو من قوله يجرحه او يذبحه ليست للتخيير بل للتوزيع اذ لا يحل بالجرح مع القدرة على ذبحه (قوله كره من الشاة الحياء الخ) كراهة تحريم كما في التنوير وما في الدر من قوله وقيل كراهة تنزيه فهو بالنسبة لما عدا الدم بدليل ما في الزيلعي قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير واما ما عدا الدم فوجه كراهته انه مما تستخبثه النفس وتكرهه وهذا المعنى سبب للكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث الخ (قوله الحياء) أى الفرج قال العيني الحيا مقصورا الفرج ويخالفه قول الجوهري والحياء ممدود الاستحياء والحياء أيضا الرحم ولم يذكر الفرج فالظاهر انه أراد بالرحم الفرج كذا ذكره شيخنا ثم نقل عن القاموس ما نصه الحياء بالمد الحشمة والفرج من ذوات الخف والظلف والسباع وقد يقصر والجمع احياء واحيية قال وقال في المصباح المنير حياء الشاة ممدود (قوله للقاضي ان يقرض الخ) بقدرته على الاستخلاص بخلاف الاب والوصي ولو اقرضه الوصي لا يعد خيانة فلا يعزل به حموي عن جامع الفصولين وجعل الاب كالوصي هو الصحيح شلبي وقيل انه كالقاضي وكذا الملتقط ليس له الاقراض الا انه اذا انشد اللقطة ومضت مدة النشد ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه جاز فالقرض اولى زيلعي (قوله بالنصب ويجوز الجر وعليه فالتقدير ومال اللقطة) أى مال هو اللقطة حموي (قوله ترك ختانه) لانه لا حاجة اليه حيث كانت الحشفة ظاهرة وان كان يوارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما عيني (قوله كشيخ اسلم الخ) للعذر الظاهر عيني اعلم ان الختان سنة من شعائر الاسلام وخصائصه فلو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم الامام تنوير

وختان

(والمسابقة بالفرس والابل ورجل والرمى جائزة) هذا اذا لم يبلغ غاية لا يتحملها الفرس والابل

وختان المرأة ليس بسنة بل مكرمة للرجال لانه الذ فى الجماع وقيل سنة قال فى الدر المختار وقد جمع السيوطى من ولد مختونا من الانبياء عليهم الصلاة والسلام فقال

وفى الرسل مختونا لعمرك خلقة * ثمان وتسع طيبون اكارم
وهم زكريا شيث ادريس يوسف * وحنظلة عيسى وموسى وآدم
ونوح شعيب سام لوط وصالح * سليمان يحيى هود يس خاتم

(فروع) يجوز كى الصغير وربط قرحته وغيره من المداواة وكى البهائم وفصدها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج زيلعى (تتمة) ابتلع درة ومات لا يشق بطنه وتؤخذ قيمتها من تركته وفى الدينار يشق لان الدرة تفسد فى البطن بخلاف الدينار وان ابتلع الحيوان يتطرا بهما اكثر قيمة أمر بدفع قيمة الاقل وشق المثانة للحصاة اذا قيل ينجو بهذه المعالجة وربما يموت بخلاف ما لو قيل لا ينجو أصلا اضطرب الولد فى بطنها بعد موتها وقع ذلك فى زمن أبى حنيفة فأمر به فشق وخرج الولد حيا وعاش وفى البزازية لا يشق لا بأس بقطع اليد من الآكلة وتمامه فى شرح الحموى (قوله والمسابقة الخ) قال العينى وتجوز أيضا بالحمير والبغال لان الحافر يشملهما انتهى وفى المجمع والمختار وتجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمير والابل والرمى قال فى الاختيار والاصل فيه حديث أبى هريرة انه صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا فى خف اونصل اوحافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل والحمار انتهى لكن صرح الزيلعى بأن المسابقة لا تجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى المتن كالبغل والعجب من العينى حيث صرح بجواز المسابقة على الحمير والبغال ثم بعد اربعة اسطر ذكر ما قاله الزيلعى من عدم جواز المسابقة فيما عدا الاربعة المذكورة كذا ذكره الشلبى ثم رأيت بخط الشيخ شاهين ان الشيخ قاسم رد ما ذكره فى المجمع بقوله لم يقل أحد بالمسابقة على الحمير لان ذلك معلل بالتحريض على الجهاد ولم يعهد فى الاسلام الجهاد على الحمير انتهى قال الحموى ولا فى الجاهلية اذ لم ينقل انتهى فالظاهر ان الشيخ قاسم يقول بجواز المسابقة على البغال والخلاف فى جواز المسابقة فيما عدا الاربعة كالبغل بالنسبة لاشتراط الجعل من احد الجانبين واما بلا جعل فيجوز فى كل شئ فان قلت فى قول الزيلعى وفى الحديث اشارة اليه أى الى عدم جواز المسابقة فيما عدا الاربعة كالبغل معللا بأنه خص هؤلاء به اشكال لان الحافر المذكور فى الحديث عام يشمل البغل وغيره قلت اجيب بعدم اعتباره لان الشرع لم يجعل له اى للبغل سهما من الغنيمة والسباق انما هو تمهيد وتقوية على الجهاد فان قلت يرد الخف لانه لا يسهم له من الغنيمة مع انه يسابق به قلت اجيب بأن الخف منصوص عليه كذا فى شرح الحموى ومنه يعلم ما فى كلام بعضهم (تتمة) ماسبق فى الحديث من قوله عليه السلام لا سبق الخ يجوز ان يكون بفتح الباء ما يجعل من المال رهنا على المسابقة وبالسكون مصدر قال الخطابى الرواية الصحيحة بفتح الباء شلبى عن ابن الاثير (قوله جائزة) والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به كذا فى التبيين وتعليم الكلب والقرد مباح حموى (قوله هذا اذا لم يبلغ الخ) وكان فى كل واحد من الفرسين احتمال سبق الآخر اما اذا علم ان أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة على خلاف القياس وليس فى هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه ولو شرطا الجعل من الجانبين وادخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرسه كفؤا لفرسيهما يجوز ان يسبق او يسبق وان كان يسبق او يسبق لا محالة فلا يجوز وصورته ان يقولا للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن الشرط الذى شرطاه بينهما وهو ايهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم قطعا وانما يحتمل ان يأخذ ولا يأخذ فلم يكن قمارا كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذى يستوى فيه الجانبان فى احتمال الغرامة ولو قال واحد من الناس

لجماعة من الفرسان اولاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه اوقال للرماة من اصاب الهدف فله كذا جازلانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار انواع السبق اربعة ثلاثة منها جائزة وهى اشتراط الجعل من جانب واحد اومن جانبين وبينهما محلل وكان الجعل من اجنبى لاحدهما سبق وواحد منها لايجوز وذلك اذا شرطا الجعل من الجانبين بلا اشتراط محلل وعلى هذا الفقهاء اذا تنازعوا فى المسائل وشرط الجعل للمصيب منهم يجوز اذا لم يكن من الجانبين على ماذكرنا فى الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعلم فى البابين يرجع الى تقوية الدين زيلعى وشلبى (قوله وحرم شرط الجعل) من الجانبين والجعل بضم الجيم وهو الذى يسمى عند الناس مراهنة حموى وجه الحرمة أنه قمار من القمر الذى يزداد تارة وينتقص أخرى وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد لان الزيادة والنقصان لايمكن فيهما وانما فى أحدهما يمكن الزيادة وفى الآخر النقصان فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة فتقتضى ان تكون من الجانبين واذا لم يكن فى معناه جاز استحسانا المار وينا كما فى الزيلعى يعنى ماسبق من قوله عليه السلام لاسبق الافى خف الحديث بناء على ماقدمناه من ان السبق بفتح الباء مايجعل من المال رهنا (قوله والقياس انه لايجوز) لمافيه من تعليق التمليك على الخطر زيلعى (قوله ولا يصلى الخ) هذا جواب الاستحسان والقياس يقتضى جواز الصلاة على كل مؤمن لقوله تعالى هو الذى يصلى عليكم وملائكته الآية حموى عن المفتاح وهل يجوز الترحم عليه صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لايجوز لانه ليس فيه مايدل على التعظيم مثل الصلاة قال الزيلعى وقال بعضهم يجوز لانه عليه الصلاة والسلام كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة ولم يوجد مايمنع من ذلك والاولى ان يدعو للصحابة بالترضى لانهم كانوا يبالغون فى طلب الرضى من الله تعالى ويبالغون فى فعل مايرضيه ويرضون بما لحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضى وللتابعين بالرحمة ولمن بعدهم بالمغفرة وقال فى شرح المقدمة للقرمانى يستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين ولمن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الاخيار وهل يجوز عكسه قال بعضهم لايجوز بل الرضى مخصوص بالصحابة ويقال لغيرهم رحمه الله فقط وقال النووى الصحيح وعليه الجمهور استحبابه ودلائله أكثر من ان تحصى وهل تجوز الصلاة على من فى نبوته خلاف كلقمان وذى القرنين فقال بعضهم يقول صلى الله على الانبياء وعليه وقال النووى لابأس به والارجح ان يقال رضى الله عنهما لان هذا مرتبة غير الانبياء ولم تثبت نبوتهما انتهى (تتمة) يكره الجدل فى ان لقمان وذا القرنين وذا الكفل انبياء أم لا وينبغى ان لا يسأل الانسان عما لاحاجة اليه كان يقول كيف هبط جبريل وعلى أى صورة رآه النبى صلى الله عليه وسلم وحين رآه على صورة البشر هل بقى ملكا أم لا وأين الجنة وأين النار ومتى الساعة ونزول عيسى واسماعيل أفضل أم اسحاق وأيهما الذبيح وفاطمة أفضل من عائشة أم لا وأبوى النبى كانا على أى دين ومادين أبى طالب ومن المهدى الى غير ذلك مما لايجب عليه معرفته ولم يرد التكليف به حموى (قوله والملائكة) قال النسفى الملائكة عباد الله العاملون بأمره لآية لايسبقونه بالقول وهم بأمره يعملون الخ لايوصفون بذكورة ولا أنوثة اذ لم يرد به نقل ولا دل عليه عقل وهاروت وماروت ملكان على الاصح لم يصدر منهما كفر ولا كبيرة وتعذيبهما على وجه المعاتبة كعتاب الانبياء على الذلة والسهو وكانا يعظان الناس انما نحن فتنة فلا تكفر ولا كفر فى تعليم السحر بل فى اعتقاده والعمل به وقال الشيخ الماتريدى فى شرح الفقه الاكبر لاثواب لاعمال الملائكة لان عملهم من التسبيح والتهليل وغير ذلك كالتنفس لبنى آدم عن غير أختيار منهم انتهى قلت كيف يفضلون على الانبياء على قول أوعلى العوام على قول العامة مع انهم يقولون الافضل الاكثر ثوابا ثم رأيت فى الظهيرية عن الرستغفنى ان للملائكة ثوابا وعقابا لكن لاكثواب الادميين وعقابهم وليس لهم أكل ولاشرب فى الجنة بل غذاؤهم فيها الشم حموى (قوله والاعطاء باسم النيروز والمهرجان

(وحرم شرط الجعل من الجانبين لامن
أحد الجانبين) والقياس انه لايجوز
فيه أيضا ثم ان هذه المسائل اوردت
فى باب الكراهة فلا يحتاج الى اعادتها
(ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة
الا بطريق التبع) بان
يقال اللهم صل على محمد وعلى آل محمد
عليهم السلام
(والاعطاء باسم النيروز والمهرجان)
ومسح اليد والسكين بالخبز ووضع
الخبز تحت القصعة والمملحة والانتظار
الى الادام ان حضر الخبز وشم الطعام
ونفخه (لايجوز) وفى الكافى مكروه
وفى القنية نقلا عن شيخ الحلوائى كل
ذلك جائز وقال خوان أزبهر انبساط
(ولا بأس بلبس القلانس) افضا الجمع

لايجوز

لايجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين وان قصد تعظيمه كما يعظمه المشركون يكفر تنوير وشرحه وما
فى العينى من ان الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر يحمل على ما اذا كان على قصد التعظيم يدل عليه
مابعده (قوله يشمل قلنسوة من الحرير الخ) مخالف لما فى الدر المختار حيث أخرج من عمومه قلنسوة
الحرير وفى التنوير من الحظر والاباحة صرح بكراهة لبس القلنسوة من الحرير وكذا التكة
والكيس فاذا كرهت قلنسوة الحرير فكذا قلنسوة الذهب والفضه (قوله وندب لبس السواد أخذوه من
دخول النبى صلى الله عليه وسلم مكة وعلى رأسه عمامة سوداء والسواد شعار بنى العباس عينى وذكر محمد
فى السير الكبير حديثا يدل على ان لبس السواد مستحب وكان محمد يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت
عليه يوما مستولدته فبقيت تنظر الى وجهه وهى متحيرة فقال لها ماشأنك قالت له تعجبت من بياض
وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك زيلعى تتمة يكره المعصفر
والمزعفر لقول بن عمر رضى الله عنهما نهانى عليه الصلاة والسلام عن لبس المعصفر وقال واياكم
والحمرة فانها زى الشيطان ولبسه عليه السلام كان قبل النهى كما فى المفتاح زاد فى الخانية المصبوغ
بالورس لكن ذكر فى الملتقط لا بأس بالصبغ الاحمر والاصفر حموى وذكر فى الدر من كتاب الحظر والاباحة
فى فصل اللبس مانصه وفى المجتبى والقهستانى وشرح النقاية لابى المكارم لا بأس بلبس الثوب الأحمر
انتهى ومفاده أن الكراهة تنزيهية لكن صرح فى التحفة بالحرمة فافاد انها تحريمية وهى المحمل عند
الاطلاق قاله المصنف قلت وللشرنبلالى فيه رسالة ذكر فيها ثمانية أقوال منها انه مستحب انتهى واعلم انه
لابأس مشتق من البؤس وهو الشدة أى لاشدة عليه من جهة الشرع أو من البأس وهى الجرأة أى
لاجرأة فى مباشرته لانه أمر مشروع وفى هذا دلالة على ان فاعله لا يؤجر ولا يأثم حموى عن المفتاح تكميل
يستحب للرجل ان يلبس أحسن الثياب وكان أبو حنيفة يوصى أصحابه بذلك ويلبس بأربعمائة دينار
لقوله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده وقال عليه الصلاة والسلام اذا أنعم الله على عبد أحب
ان يرى أثر نعمته عليه وخرج عليه السلام برداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته
أربعة آلاف درهم زيلعى قيل لابى حنيفة أليس عمر كان يلبس قميصا كان عليه كذا كذا رقعة قال ذلك
لحكمة انه أمير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة أو اتخذ لنفسه ألوانا من الطعام لاقتدى به عماله فى ذلك
وربما لا يكون لهم ذلك فيأخذون ظلما فاختار ذلك لهذه المصلحة كذا فى حاشية الشلبى وسياق كلامه
يفيد انه لا بأس باتخاذ ألوان من الاطعمة لكن فى الدر من كتاب الحظر والاباحة ذكر انه سرف (خاتمة) له
ان يزين بيته بالديباج ويتجمل بأوانى ذهب وفضة بلا تفاخر در عن المجتبى (قوله وندب ارسال ذنب
العمامة الخ) واختلفوا فى مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس زيلعى
(قوله وللشاب العالم الخ) لانه أفضل منه ولهذا يقدم فى الصلاة وهى احد اركان الاسلام وهى تالية الايمان
وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع
شرعا مقدم وكيف لا يقدمون وهم ورثة الانبياء على ماجاءت به السنة زيلعى وفى الفتاوى الخيرية
التصريح بحرمة تقدم الجاهل على العالم حيث أشعر بنزول درجته عند العامة لمخالفته لقوله تعالى
يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات وقال ابن عباس للعلماء درجات فوق المؤمنين
بسبعمائة درجة ما بين درجتين خمسمائة عام وقوله تعالى قل هل يستوى الذين يعلمون والذين
لا يعلمون وهذا مجمع عليه فاذا علمته علمت ان المتقدم ارتكب معصية فيعزر انتهى (قوله وينبغى
لحافظ القرآن الخ) لان المقصود فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال تعالى أفلا
يتدبرون القرآن وذلك يحصل بالتأمل فى المعانى فقدر لاقل مدة الختم أربعون يوما كل يوم حزب
ونصف أو ثلثى حزب كذا فى التبيين ولقائل ان يقول ما وجه التردد مع انه يتعين الاول قلت يمكن
الجواب بان القارئ قد لا يجد آخر الحزب والنصف موقفا فيزيد قليلا ليحصل الوقف التام أو الكافى

يشمل قلنسوة من الحرير والذهب
والفضة والكرباس والسواد والحمرة
وقلنسوة تحت العمائم (وندب لبس
السواد) مطلقا جبة كانت أو عمامة
(و) ندب (ارسال ذنب العمامة بين
كتفيه الى وسط الظهر و) يجوز
(للشاب العالم ان يتقدم على الشيخ
الجاهل و) ينبغى (لحافظ القرآن ان
يختم فى اربعين يوما) قال ابو الليث
ينبغى ان يكون كل سنة ختمان كذا
فى الفتوى السراجية جعل شىء من
الطريق مسجدا ومن المسجد طريقا
صح (خباز) اتخذ حانوتا فى وسط
البزازين منع عنه ولما فرغ من بيان
نصف العلم

فان الوقوف مما ينبغي مراعاتها حتى ذكروا في باب الامامة انه ينبغي تأخير امام لا يحسن الوقوف حموي عن الرمز (قوله شرع في النصف) الآخر كون الفرائض نصف العلم ثبت بقوله عليه السلام تعلموا الفرائض وعلموها فانها نصف العلم عيني وجعله نصف العلم لتعلقه بالموت وغيره بالحياة أو بالضروري وغيره بالاختياري وهل ارث الحي من الحي أم من الميت المعتمد الثاني در عن شرح الوهبانية فان قيل يرد على ماذكر من التوجيه الوصايا التعلق أحكامها بما بعد الموت وكذا الغسل والتكفين والدفن فالجواب من أوجه الاول عدم لزوم الوصية فكم من ذي مال مات ولم يوص وهي متعلقة بفعل العبد ولا كذلك الميراث فانه لا صنع للعبد فيه فكان حكم الميراث ألزم بالوفاة وأخص بها الثاني أن أحكام الوصية لا تختص بما بعد الموت فان ايجاب الوصية والرجوع عنها وحكم زيادة الموصى به وهلاكه واعتبار أهلية الموصى الى غير ذلك انما يعتبر قبل الموت بخلاف الميراث الثالث ان الوصية مذكورة في علم الفرائض حيث ذكروا البداءة بها قبل الميراث وتأخيرها عن الدين فلم يخل ذكر الفرائض عنها جملة وان خلا عنها تفصيلا و بعض الفرضيين ذكر للوصايا بابا في كتاب الفرائض وهذا الجواب الاخير هو الجواب عن فصل الغسل والتكفين والتجهيز فان علم الفرائض مفتتح بذكره ووجه آخر وهو ان هذه الاحكام أعني الغسل والتكفين وما يتبعهما من الصلاة والدفن أحكام تجب على الاحياء مباشرتها وهم المخاطبون بذلك والميت محل أثر الفعل المأمور به فكان لاحقا بقسم أحكام الاحياء ولهذا المعنى ذكرها العلماء في كتاب الصلاة ووجه آخر وهو أن التنصيف باعتبار انقسام حال مال المرء في حالتي حياته وموته الى قسمين وأعم أحكام الجنائز مختصة بالبدن لا بالمال كذا بخط شيخنا عن خط أحمد ابن يونس الشلبي

(كتاب الفرائض)

سمي فرائض لان الله تعالى قدر الانصباء بنفسه وأوضحها وضوح النهار بشمسه در اعلم ان حده علم بأصول يعرف بها قسمة التركات ومستحقوها وانصباؤهم منها وموضوعه التركات وقيل العدد وغايته ايصال الحقوق الى ذويها وفائدته صيرورة المجهول معلوما وله أركان توجده وأسباب تقتضيه وشروط يتوقف عليها وموانع تمنعه فأما أركانه فثلاثة مورث ووارث وحق موروث وأسبابه ثلاثة نكاح و ولاء ونسب وشروطه ثلاثة تحقق موت المورث وتحقق وجود الوارث حيا عند موته والعلم بالجهة المقتضية للارث من زوجية أو ولاء أو قرابة وتعين جهة القرابة من بنوة وأبوة واخوة وعمومة والعلم بالدرجة التي اجتمعا فيها في القرابة والولاء تفصيلا وهذا شرط يختص بالعصبات وأما موانعه فأربعة رق وافرا كان أو ناقصا وقتل يوجب القصاص أو الكفارة واختلاف دين والرابع اختلاف الدارين حقيقة أو حكما في حق أهل الكفر (قوله ثم تعلمه مندوب اليه) أي عينا وان كان فرض كفاية حموي (قوله حقوق أربعة) وجهه ان المتعلق بالتركة اما أن يكون للميت أولا الاول التجهيز والثاني اما أن يكون ثابتا قبل الموت أولا الاول الدين والثاني اما أن يكون ثبوته من قبل الميت أولا الاول الوصية والثاني قسمة التركة (قوله فيبدأ من تركة الميت) التركة كطلبة بمعنى مطلوبة صفة لمحذوف أي الاشياء المتروكة عن الميت أي ما يتركه من الاموال حموي (قوله بتجهيزه) أي اتخاذ الجهاز له من حين الموت الى وقت الدفن فيدخل فيه التكفين وأفرده بالذكر اهتماما ولما كان قوله اعتبارا بحالة الحياة فانه لا يحسن انتظامه بدونه ولو هلك كفنه قبل تفسخه كفن مرة بعد أخرى وكله من كل المال (قوله من غير تبذير) التبذير تجاوز في موقع الحق فهو جهل بمواقع الحقوق والاسراف تجاوز في الكمية فهو جهل بمقادير الحقوق والمناسب للمقام هو المعنى الثاني فلو عبر بالاسراف لكان أولى (قوله وفي بعض الروايات الخ) جزم بها شراح الكنز والسراجية وغيرهم من غير ذكر خلاف

وكلام

شرع في بيان النصف الآخر حيث قال *(كتاب الفرائض)* هي جمع فريضة وهي السهم المقدر من النصف والثلث وغيرهما ولهذا سمي أصحاب السهام المقدرة أصحاب الفرائض والمناسبة بين الكتابين ان الوصية أخت الميراث ثم تعلمه مندوب وان كان فرض كفاية (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه) وتكفينه اعتبارا بحالة الحياة من غير تبذير ولا تقتير ويعطى منه أجرة الغسال والحمال والحفار والتابوت ان وقعت الحاجة اليه ويشترى اللبن الى ان يوارى في حفرته هذا في الصحيح وفي بعض الروايات انه اذا تعلق بتركة الميت حق غير الدين والموصى له والوارث من العباد بان يكون

مرهونا او مستأجرا او مستحقا بسبب جناية
او مبيعا فات مشتريه قبل القبض واداء الثمن
مقدم على التجهيز (ثم) بقضاء (دينه) من جميع
مابقى من ماله ان وفت التركة به فيها وان لم يف
يؤخر ما ثبت في المرض باقراره عن سائر الديون
وباقى الديون سواء اخذ كل ذي حق بقدر حقه
(اجمعت) الامة على تقديم الدين على الوصية
وان تقدم في الآية لان تعلقها
لتنفيذها حيث تهاون
وانه تعالى ... (وصية) من ثلث مابقى
الناس فيه (ثم) تنفيذ (وصيته) وقضاء الدين
من التركة بعد التجهيز والتكفين وقضاء الدين
(ثم يقسم) الباقى بين ورثته (وهم) ثلاثة أصناف
أصحاب الفرائض والعصبات وذووا
الارحام (فيبدأ بذى الفرض) ثم بالعصبة
النسبية (ثم بالعصبة السببية) وهو مولى
العتاقة (ثم عصبة المولى) ثم الرد على
الفرائض النسبية بقدر حقوقهم ثم ذوى الارحام
ثم مولى الموالاة ثم المقر له بالنسب على الغير اذا
بحيث لم يثبت نسبه باقراره وصدقه ذلك الغير اذا
مات المقر مقرا على اقراره كما اذا أقر بأخ أو اخت
ثم الموصى له بجميع المال ثم بيت المال فبدأ
بالصنف الاول حيث قال (وهم ذو فرض) أى
ذو سهم (مقدر فللأب السدس مع الولد أو ولد
الابن) وان سفل فان كان الولد بنتا فللاب
فرض وهو السدس فقط والباقى للابن
بعد ... النسبة وان كان الولد ... والتعصيب عند
والبنت النصف والباقى للاب
عدم الولد وولد الابن وان سفل

وكلام الشارح يفيد ان تقديم الحق المتعلق بعين من أعيان التركة على التجهيز فيه روايتان ومافى الشرح جرى عليه في شرح السراجية المسمى بالضوء (قوله مرهونا) أو عبدا جانيا أو مأذونا مديونا تنوير وشرحه (قوله أو مستأجرا) مات مؤجره بعد تعجيل الاجرة فانه يصير رهنا بها حموى (قوله فهو مقدم على التجهيز) لتعلقه بالمال قبل صيرورته تركة در (قوله ثم بقضاء دينه) أى الذى له مطالب من جهة العباد لا نحو الزكاة والكفارة والفدية وغيرها من الحقوق الواجبة لله تعالى فانها تسقط بالموت عندنا خلافا للشافعى كذا قالوا وفيه نظر اذ لو سقطت بالموت لم يبق للتكليف فائدة ولما وجبت عليه الوصية بها فالصواب أن يقال لما خرج المال عن ملكه بالموت الى الوارث لم يجب على الوارث شئ الا ان يوصى به فيكون كوصيته بسائر التبرعات (قوله يؤخر ما ثبت فى المرض باقراره) اذا كان ثبوته بمجرد الاقرار اما اذا ثبت وجوبه بمشاهدة القاضى أو الشهود كان كدين الصحة (قوله وهو مولى العتاقة ولو أنثى) عدل عن قوله وهو المعتق مع انه أخصر لانه لا يشمل من عتق عليه قريبه بالارث اذ حينئذ لا يوجد الاعتاق ولكن يوجد ولاء العتاقة (قوله ثم عصبة مولى العتاقة الذكور) لانه ليس للنساء الا ما أعتقن (قوله ثم الرد على ذوى الفرائض النسبية) خرج ذووا الفرائض السببية فلا يرد على الزوجين (قوله بقدر حقوقهم) المتبادر منه المساواة بين المعطى أولا والمعطى ثانيا وليس كذلك فلو قال بنسبة حقوقهم لكان أولى (قوله ثم مولى الموالاة) ثم عصبته على الترتيب المذكور فى عصبة مولى العتاقة فيقدم على المقر له بالنسب على الغير وله ما بقى بعد فرض أحد الزوجين ابن كمال ودر (قوله لم يثبت نسبه باقراره) فلو ثبت بأن صدقه المقر عليه أو أقر بمثل اقراره أو شهد رجل آخر ثبت نسبه حقيقة وزاحم الورثة وان رجع المقر وكذا لو صدقه المقر له قبل رجوعه ويأخذ الباقى بعد فرض أحد الزوجين فن شرط عدم الوارث المعروف مطلقا لم يصب ثم ما جزم به فى الدر هنا من قوله وان رجع المقر ولم يحك فيه خلافا مخالف لما ذكره من باب اقرار المريض حيث حكى الخلاف فيه ونصه ثم للمقر أن يرجع عن اقراره لانه وصية من وجه زيلعى وان صدقه المقر له بدائع لكن نقل المصنف عن شرح السراجية ان بالتصديق يثبت النسب فلا ينفع الرجوع فليحرر عند الفتوى انتهى بقى أن يقال ماذكره فى الدر من ان النسب يثبت بالتصديق ويزاحم الورثة ظاهر بالنسبة لما اذا أقر بنحو الابن مما ليس فيه تحميل النسب على غيره فانه يرثه ويشارك ورثته وان جحدوه ويرث من أبى المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته بخلاف الاقرار بنحو الاخ حيث لا مشاركة للاخ المقر له مع ورثته اذا جحدوا ولا يرث من أب المقر وأمه فالفرق من وجهين كما فى البحر قبيل كتاب الصلح الاول ماذكرناه والثانى عدم صحة رجوع المقر بنحو الولد وصحته بنحو الاخ لما ذكره واستفيد منه ان ماذكره من التفصيل فى صحة الرجوع عن الاقرار هو محمل كل من القولين اللذين قدمناهما عن الدر (قوله ثم الموصى له بجميع المال) وانما قدم عليه المقر له لانه نوع قرابة بخلاف الموصى له در (قوله ثم بيت المال) أى يوضع فيه لا ارثا بل فيئا للمسلمين در (قوله وهم ذو فرض وهم اثنا عشر) أربعة ذكور الاب والجد الصحيح والاخ لام والزوج وثمان من الاناث الزوجة والبنت وبنت الابن وان سفلت والاخت الشقيقة والاخت لاب والاخت لام والام والجدة الصحيحة (قوله فللاب السدس) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الولد ولد شرعا اجماعا لآية يا بنى آدم وعرفا لقوله بنونا بنو ابنائنا ولا جمع بين الحقيقة والمجاز بل من عموم المجاز أو عرف بالاجماع زيلعى (قوله وان سفل) بفتح الفاء من السفول ضد العلو من باب نصر لا بضمها من السفالة بمعنى الدناءة من باب شرف (قوله والباقى للاب بالتعصيب) لقوله عليه السلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى رجل ذكر (قوله والتعصيب عند عدم الولد الخ) لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث معناه وللاب مابقى لان المال اذا أضيف الى اثنين ثم بين نصيب أحدهما منه كان ذلك بيانا ان للآخر مابقى كما فى المضاربة

(والجد كالاب ان لم يتخال فى نسبته) الى الميت (أم) كاب أب الميت وهو الجد الصحيح وان دخل فى نسبته الى الميت أم فهو فاسد كاب أم الاب أو كاب أب أم الاب فانه من ذوى الارحام ثم الجد الصحيح كالاب عند عدم الاب (الا فى ردها) أى الام (الى ثلث ما بقى) وفى (حجب أم لاب) كما سيأتى ان شاء الله (فيحجب) الجد (الاخوة) والاخوات كلها عند أبى حنيفة وعليه الفتوى وعندهما والشافعى ومالك للجد أفضل الامرين مع بنى الاعيان والعلات أما المقاسمة وهو ان تجعل الجد كاحد الاخوة فى القسمة وهو العلات يدخلون فى القسمة واذا أخذ الجد نصيبه يخرجون بغير شئ وأما ثلث كل المال بيانه ان ترك جدا وأخا لاب وأم فالمال سهمان نصفان والمقاسمة خير له من الثلث ولو ترك جدا وأخوين فالثلث هنا والمقاسمة سواء ولو ترك جدا وثلاثة اخوة

فالثلث هنا خير من المقاسمة لان بالقسمة يحصل له الربع لو ترك جدا وأخا لاب وأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان كان مع الجد والاخ ذو فرض فللجد أفضل الامور الثلاثة بعد فرض ذوى السهم أما المقاسمة كزوج وجد وأخ للزوج النصف والباقى بين الاخ والجد نصفان فيحصل للجد ربع المال وثلث الباقى يكون سدس جميع المال وأما ثلث ما بقى كجد وجدة وأخوين وأخت لاب وأم أولاب للجدة السدس وللجد ثلث ما بقى لانه خير له فتضرب مخرج الثلث فى ستة فتبلغ ثمانية عشر للجدة سدسها ثلاثة بقى خمسة عشر ثلثها للجد بقى عشرة أربع لكل أخ وللاخت سهمان وأما سدس جميع المال كزوج وجد وبنت وأم وأخت أصل المسألة من اثنى عشر وتعول الى ثلاثة عشر للزوج الربع وللبنت النصف وللام السدس وللجد السدس ولا شئ للاخت (وللام الثلث ومع الولد أو ولد الابن) وان سفل (والاثنين من الاخوة والاخوات) اى من اى جهة كان (لا اولادهم) اى لا اولاد الاخوة والاخوات (السدس) وللام (ومع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقى بعد فرض أحدهما) أى أحد الزوجين والباقى للاب عند الجمهور لئلا يلزم رجحان نصيب الام على الاب فان كان مكان الاب جد فللام ثلث جميع المال الا عند أبى يوسف فان لها ثلث ما بقى أيضا كما فى الاب (وللجدات وان كثرت السدس) لاب أو لام فيشتركن فيه اذا كن ثابتات متحاذيات فى الدرجة (ان لم يتخال جد فاسد فى نسبتها الى الميت) وهى الجدة الصحيحة كأم أم الاب (وذات جهتين كذات جهة) أى اذا كانت جدة ذات قرابة واحدة كأم الاب والاخرى ذات قرابتين كام أم الام وهى أيضا أم أب الاب يقسم السدس بينهما عند أبى يوسف انصافا باعتبار الابدان وعند محمد اثلاثا باعتبار الجهات نكاح مثاله امرأة زوجت بنت بنتها من ابن ابنها فولد منهما ولد فهذه المزوجة أم أم الولد وهى أيضا أم أب أب الولد والجدة الاخرى أم أم أب الولد فان تزوج هذا الولد سبطا لها آخر فولد بينهما ولد صارت هذه المرأة جدة لهذا الولد الآخر من ثلاثة أوجه (و) الجدة (البعدى) من اى جهة كانت (تحجب بالقربى) أى جهة كانت وارثة كانت القربى أو محجوبة (و) يسقط (الكل بالام) والابويات أيضا بالاب وكذا بالجد الا أم الاب فانها ترث مع الجد (وللزوج) النصف عند عدم الولد وولد الابن وان سفل (ومع الولد أو ولد الابن و) ان سفل (الربع وللزوجة) الربع مطلقا سواء كانت واحدة او اربعة عند عدم الولد وولد الابن وان سفل (ومع الولد او ولد الابن وان سفل الثمن) مطلقا سواء كانت واحدة او اكثر (وللبنت) الصلبية الواحدة (النصف

والمزارعة فذلك تنصيص على انه عصبة (قوله والجد كالاب) اما بعموم المجاز او بالاجماع وفى الاشباه الجد كالاب الا فى ثلاثة عشر مسألة خمس فى الفرائض وباقيها فى غيرها وزاد ابن المصنف أخرى ضمن الاب مهر صغيرة ناويا الرجوع رجع لو شرط والا لا ولو وليا غيره أو وصيا رجع مطلقا وقوله ولو وليا غيره يعم الجد فيرجع كالوصى بخلاف الام در (قوله السدس للام) لآية فان كان له اخوة فلامه السدس ولفظ الاخوة يطلق على الاثنين من أى جهة كانا أو من جهتين وهذا قول جمهور الصحابة وعن ابن عباس لا تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية عينى (قوله لئلا يلزم رجحان نصيب الام على الاب) مع استوائهما فى سبب الاستحقاق والقرب كذا فى الاختيار (قوله فللام ثلث جميع المال) وجهه انها أقرب من الجد لانها تدلى الى الميت بغير واسطة والجد يدلى بواسطة الاب والتفاضل يجوز عند اختلاف القرب كزوجة واخت لابوين وأخ لاب للزوجة الربع وللاخت النصف وللاخ ما بقى وهو الربع كذا فى الاختيار (قوله اذا كن ثابتات) أى صحيحات (قوله متحاذيات فى الدرجة) لان القربى تحجب البعدى فلو أريد تنزيل عدد منهن متحاذيات فاذكر لفظ أم بعدد ما تريد تنزيله وضع محل الاخيرة أبا ودع ثانيا او ضع محلها أبا الى ان يبقى لفظ أم مرة ففى الاربع قل ام ام ام ام فانهن لا يجتمعن الا اذا ارتفعن بعددهن درجا فهذه من جهة الام لا يتصور أكثر من واحدة فتأتى بأخرى تحاذيها من جهة الاب فتقول أم ام ام أب ثم بأخرى من جهة الجد فتقول أم ام اب اب ثم بأخرى من جهة جد الاب فتقول أم اب اب اب ولا يتصور وارثات فى هذه الدرجة أكثر منهن لان كل جد صحيح أمه وارثة ولو علت ولا يتصور جدة وارثة من كل اب الا واحدة فتحتاج ان تأتى بعددهن أبا الا واحدة وهى التى من جهة الام فانها لا تدلى بذكر والثانية تدلى بالاب فلهذا حذفت فى النسبة الثانية اما وابدلتها باب والثالثة تدلى بالجد فلهذا تركت أمين ووضعت ابين والرابعة تدلى بجد الاب فلهذا تركت ثلاث أمهات ووضعت ثلاثة آباء وهكذا الى اكثر منهن فصاعدا حموى (قوله عند أبى يوسف) انصافا وهو قول سفيان الثورى قال السرخسى الرواية لابى حنيفة فى صورة تعدد قرابة احدى الجدتين وذكر فى فرائض الحسن بن عبد الرحمن من أصحاب الشافعى ان قول ابى حنيفة ومالك والشافعى كقول ابى يوسف شرح السراجية للسيد (قوله وعند محمد اثلاثا) لان اختلاف الجهة كاختلاف الاشخاص كابنى عم أحدهما اخ لام له سدس بالاخوة والباقى بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان أحدهم زوجا اخذ بالجهتين قلنا توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كاخت لاب وأم لم ترث بهما لاتحادهما وهى قرابة الاخوة بخلاف ما ذكر فانه مختلف (قوله فان تزوج هذا الولد سبطا الخ) أى بنت بنت لها أخرى (قوله من ثلاثة أوجه) هى أم ام امه وام أم ام ابيه وام أم اب ابيه شيخنا (قوله والبعدى تحجب بالقربى) لان ارثهن بالادلاء فقدم الادنى على الابعد (قوله والكل بالام) اذا كانت وارثة وعليه الاجماع لان ارثهن بالادلاء والام أقوى منهن فلا يرثن معها (قوله والابويات أيضا بالاب) اذا كان وارثا عينى (قوله وللزوج فأكثر) كما لو ادعى رجلان فأكثر

نكاح ميتة وبرهنا ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل لها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الاولوية در وبقي قيد أخذ كره بحم زاده هوان لا يعرف ان نكاح أيهم اول (قوله وللاكثر الثلثان) وهو قول عامة الصحابة وعن ابن عباس انه جعل حكم الاثنين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف بظاهر النص عيني وصح رجوع ابن عباس الى موافقة الصحابة كذا روني في شرح السراجية وعلل قولهم بوجوه الاول قوله تعالى للذكر مثل حظ الانثيين وادنى مراتب الاختلاط ان يجتمع ابن وبنت فللابن حينئذ الثلثان بالاتفاق فعرف بهذه الاشارة ان البنتين لهما الثلثان في الجملة وليس ذلك الا في حالة انفرادهما عن الابن فلا حاجة الى بيان حالهما بل الى بيان حال ما فوقهما فلذلك قيل فان كن نساء فوق اثنتين أي ان كن جماعات بالغات ما بلغن من العدد فلهن ما للاثنين اعني الثلثين لا يتجاوزنه الثاني ان البنتين أقرب رحما من الاختين اللتين يحرزان الثلثين فهما أولى بذلك الاحراز الثالث ان الاخت اذا كانت مع أخيها وجب لها الثلث فبالاولى ان يجب لها ذلك اذا كانت مع اخت أخرى وكذا للاخرى يجب لها مع أختها مثل ما كان يجب لها لو انفردت مع اخيها فوجب لهما الثلثان كذا في شرح السراجية (قوله كولده عند عدمه) أي عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين زيلعي (قوله وللاناث من ولد الابن مع البنت السدس) اذا لم يكن في درجتهن ابن ابن فان كان عصبهن وقوله تكملة دليل على دخولهن في لفظ الاولاد بعموم المجاز أو بالاجماع فاخذت الصلبية النصف لقربها وبقي السدس فيعطى لهن وتكملة بالنصب على انه مفعول له أو مفعول مطلق اى لكمل الشرع الثلثين تكملة حموي عن المفتاح (قوله الا أن يكون معهن أو اسفل منهن) ذكر سواء كان أخا لهن او لم يكن ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب ان أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن اسفل من بعض بهذه الصور

ابن	ابن	ابن	فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون
ابن بنت	ابن	ابن	لها النصف والوسطى من الاول يوازيها
ابن بنت	ابن بنت	ابن	العليا من الثاني فلهما السدس تكملة
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت	الثلثين ولا شئ للسفليات الا أن يكون مع
	ابن بنت	ابن بنت	واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها
		ابن بنت	ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض عيني

(قوله في القسمة والاستحقاق) لا يخفى ان الاستحقاق يعم الواحد والمتعدد بخلاف القسمة فانها تقتضي المفاعلة والمفاعلة لا تكون الا من الجانبين شرح السراجية للسيد (قوله والجد عند ابي حنيفة) وعليه الفتوى كما في شرح السراجية والخلاف في الاخوة والاخوات الاشقاء أو لاب اما الاخوة والاخوات لام فلا خلاف في سقوطهم بالجد (قوله والبنت تحجب ولد الام فقط) أي تحجب الاخوة من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب عيني (قوله أي البنت لا تحجب) بني الاعيان والعلات وكذا بنت الابن لان ولد الابن ولد فان قيل ينبغي ان لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب مع البنت او بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة شرطت في حقهم لارث النصف أو الثلثين ولارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها لا مطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنص آخر بخلاف ارث أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها زيلعي فصار للاخوات لاب وأم خمس أحوال للواحدة النصف والثلثان للاكثر

وللاكثر الثلثان وعصبها الابن وله مثلا حظها) اى لكل بنت سهم ولكل ابن سهمان (وولد الابن كولده عند عدمه ويحجب) ولد الابن (بالابن) حجب حرمان (ومع البنت) الصلبية (لاقرب الذكور الباقي) من نصيب البنت (وللاناث) من ولد الابن مع البنت (السدس تكملة الثلثين وحجبن) اى اناث ولد الابن (ببنتين) صلبيتين حجب حرمان (الا ان يكون معهن) اى مع أناث ولد الابن أسفل او معهن (ذكر فيعصب) الذكر (من كانت) من الاناث (بحذائه أو من كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط) الذكر (من دونه اناث) ولد الابن وسمى هذه المسألة مسألة التشبيب هو مأخوذ من اشب الرجل اذا صار ذا شبان من اولاد أو من تشبيب الشاعر وهو ايراد التشبيب في القصيدة ليرغب الناس فيها او من قولهم شجر شبب اذا كان ملتف الاغصان (والاخوات لاب وام كبنات الصلب عند عدمهن) اى عدم بنات الصلب فللواحدة النصف ومع الاخ لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين ولهن الباقي مع البنات اومع بنات الابن (والاخوات لاب كبنات الابن مع الصلبيات وعصبهن اخوتهن والبنت وبنت الابن) بالاجماع فللواحدة النصف وللاكثر الثلثان عند عدم الاخوات لاب وام ولهن السدس مع الاخت لاب وام تكملة الثلثين ولا يرث مع الاختين لاب وام الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن فيكون للاختين لاب وام الثلثان والباقي بين أولاد الاب للذكر مثل حظ الانثيين ولهن الباقي مع البنات اومع بنات الابن (وللواحدة من ولد الام السدس وللاكثر منهن الثلث ذكورهم كاناثهم) في القسمة والاستحقاق (وحجبن) اى جميع الاخوة والاخوات من اى جهة كانوا (بالابن وابنه وان سفل وبالاب) بالاتفاق (والجد) عند ابي حنيفة وقال مالك والشافعي لا يحجبن بالجد ويسقط اولاد الاب بهؤلاء وبالاخ لاب وام (والبنت تحجب ولد الام فقط) اى البنت لا تحجب بني الاعيان والعلات (ولما فرغ) من الصنف الاول شرع في الثاني فقال

والتعصيب باخيهن وكذا مع البنات أو بنات الابن والسقوط مع الابن وللاخوات لاب سبع هذه الخمس والسدس مع شقيقة واحدة والسقوط مع شقيقتين الا اذا عصبهن اخوهن واعلم ان أولاد الاب والام يسمون بنى الاعيان كما فى شرح الحموى لان عين الشئ خياره و بنوا العلات هم الاخوة والاخوات لاب سموا بذلك لان العلة الضرة وهم من أب واحد وأمهات شتى و بنوا الاخياف هم الاخوة والاخوات لام سموا بذلك لاختلاط مياه الآباء كما تسمى منى خيفا لاختلاط الناس بها (قوله وعصبته عصبة الرجل) فى اللغة قرابته لابيه سموا بها لانهم عصبوا به أى أحاطوا به وكل ما استدار حول شئ فقد عصب به ومنه العصائب أى العمائم وقيل سموا بها لتقوى بعضهم ببعض من العصب وهو الشد ومنه العصابة تشد الرأس بها ثم يسمى بها الواحد والجمع والمذكر والمؤنث وقالوا فى مصدرها العصوبة ومافى شروح السراجية من انها جمع عاصب وان لم يسمع تعقب بما فى الالفية حيث قال وشاع نحو كامل وكملة (قوله بالرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر) أى ومن الورثة عصبة لا على انه معطوف على قوله ذو فرض كما ذكره الشارح وغيره اذ الظاهر أنه لا يسوغ الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بمثل هذا المقدار كما ذكره الحموى (قوله أى من أخذ الكل) أى بجهة واحدة لئلا يرد البنت ونحوها فانها وان أخذت الكل عند الانفراد لكن لا بجهة واحدة بل بجهتين هما الفرض والرد ولا حاجة اليه لخروجها بقوله وأخذ الباقى مع ذى سهم فتحصل ان العصبة من له الامران لكن يرد مولى الموالاة وذوو الارحام فانهما يأخذان ما أبقاه الزوجان والكل عند الانفراد وأجيب بان السهم مطلق يشمل النسبى والسببى وهما لا يأخذان مع ذى سهم نسبى على ان هذا رسم وليس بحد كما فى الزيلعى لانه لا يفيد الا على تقدير ان تعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم المتقدم ومعرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته فنقول أحكام العاصب ثلاثة ذكر منها اثنين وأشار بقوله وأخذ الباقى الخ الى الحكم الثالث وهو أنه اذا استغرقت الفروض التركة سقط العاصب والعصبة نوعان نسبية وسببية والاولى ثلاثة أقسام عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره والتعريف المذكور للعصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت انثى فان دخلت الانثى فى نسبته لم يكن عصبة كاولاد الام فانهم من ذوات الفروض وكاب الام وابن البنت فانهما من ذوى الارحام فان قلت الاخ لاب وأم عصبة بنفسه مع ان الام داخلة فى نسبته قلت قرابة الاب أصل فى استحقاق العصوبة فانها اذا انفردت كفت فى اثبات العصوبة بخلاف قرابة الام فانها لا تصلح بانفرادها علة لاثباتها فهى ملغاة فى استحقاق العصوبة لكن جعلناها بمنزلة وصف زائد فرجحنا به الاخ لاب وأم على الاخ لاب شرح السراجية (قوله ثم الاخ لاب الخ) حاصله انه يقدم ذو القرابتين على ذى قرابة واحدة كالاخ لاب وأم يقدم على الاخ لاب وكالاخت لاب وأم اذا صارت عصبة مع البنت أولى من الاخ لاب هذا عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت يقدم الاعلى واذا لم تكن عصبة بل كانت ذات فرض فلها فرضها والباقى للاخ لاب (قوله ثم الاعمام الخ) ويعتبر بين هؤلاء الاصناف من الاعمام قرب الدرجة أولا وقوة القرابة ثانيا فعم الميت يقدم على عم أبيه المقدم على عم جده وذلك لقرب الدرجة وفى كل واحد من هذه الاصناف يقدم ذوا القرابتين على ذى قرابة واحدة مع التساوى فى الدرجة فعم الميت لاب وأم أولى من عمه لاب وكذا الحال فى عم أبيه وعم جده وهكذا الحكم فى فروع هذه الاصناف فيعتبر أولا قرب الدرجة وثانيا قوة القرابة فابن عم الميت يقدم على ابن ابن عمه وابن عم الميت لاب وأم مقدم على ابن عمه لاب شرح السراجية للسيد (قوله ثم عصبته لا عصبة عصبته) فانه لا يرث مثاله امرأة اعتقت عبدا وماتت وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتقة لانه عصبتها ولو مات الابن وترك أباه وهو زوج المعتقة لا يرث المعتق لانه ليس عصبة المعتق حاشية الشلبى (قوله واللاتى فرضهن الخ) وهن أربع من النسوة الاولى منهن البنت اذ للواحدة النصف وللاثنين فصاعدا

وعصبة) بالرفع عطف على قوله ذو فرض فى أول الكتاب) أى من أخذ الكل اذا انفرد) وأخذ الباقى مع ذى سهم والاحق من العصبات الابن ثم ابنه وان سفل ثم الاب ثم أب الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد) على الترتيب (ثم المعتق عصبته) ثم على الترتيب المذكور واللاتى فرضهن النصف والثلثان بدون عصبة باخوتهن

الثلثان الثانية بنت الابن فانها كالبنت عند عدمها الثالثة لاخت لاب وأم فانهـا كذلك اذا لم يوجد
بنات الصلب وبنات الابن الرابعة الاخت لاب فانها كذلك اذا لم يوجد الثلاث المتقدم شرح السراجية
للسيد (قوله باخوتهن) اومايقوم مقامهم ولابد من هذا التعميم لان بنات الابن كما يصرن عصبة
باخوتهن يصرن عصبة بذكر آخر يحاذيهن فى الدرجة من بنى عمهن وبذكر أسفل منهن فى الدرجة
من بنى اخوتهن او بنى عمهن كازرونى على السراجية (أى لا يصير غيرهن عصبة باخوتهن) الظاهر
ان المراد بالغير من لا فرض لهـا منهن بحال بان تكون من ذوى الارحام بقرينة التمثيل بالعمة والاولى
ان يقال اراد به من لا يكون فرضها النصف او الثلثين كما فى شرح السراجية للكازرونى ليشمل من
لها فرض غيرهما أى غير النصف والثلثين كالام والجدة (قوله كالعم والعمة اذا كانا لاب وأم)
اولاب كان المال كله للعم دون العمة وكذا ابن العم مع بنت العم لاب وكذا ابن الاخ مع بنت الاخ لاب
سيد على السراجية (قوله ويحتمل معنى قوله لاغير الخ) ان قلت ان بنات ابن الابن يعصبهن ابن عمهن
الذى فى درجتهن كما مر فلا يصح قوله لا تصير عصبة بغير اخوتهن قلت أراد به غيرا مخصوصا يكون الانثى
اذا انفردت لا يكون لها فرض فكان ابن العم الذى فى درجة بنات الابن فى معنى الاخ شيخنا (قوله عصبات
بالغير) لان الغير هنا عصبة فيصرن به عصبة تبعا بخلاف الاخت مع البنت فانها عصبة مع الغير لا به لان
البنت ليست عصبة بنفسها فكيف تجعل غيرها عصبة (قوله وأما العصبة مع غيره الخ) وتسميتها
عصبة مع غيره مأخوذ من قوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والفرق بين العصبة
بغيره والعصبة مع غيره ان البـاء للالصاق والالصاق لا يتحقق الا عند المشاركة فى الاستحقاق فيكون
ذلك الغير عصبة بخلاف كلمة مع فانها للقران والقران يتحقق بينهما بدون المشاركة فيه فلا يكون
ذلك الغير عصبة وفى الحديث اشارة الى ان وجود البنت شرط لصيرورة الاخت عصبة لا سبب لان البنت
ليست عصبة فى نفسها فكيف تعصب غيرها بخلاف البنت مع الابن والاخت مع الاخ لان الذكر فيهما
عصبة بنفسه فيعصب الانثى فكان الغير فيه سببا للعصوبة فسميت بالعصبة بغيرها تنصيصا على السببية
شرح السراجية للكازرونى (قوله كالاخت مع البنت) سواء كانت صلبية او بنت ابن وسواء كانت
واحدة او أكثر لما ذكرنا من قوله عليه السلام اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والمراد من الجمعين
ههنا هو الجنس واحدا كان او متعددا شرح السراجية للسيد (قوله لا يرث مع وجود ذلك الشخص)
كابن الابن فانه لا يرث مع الابن وكالجد والاخ مع وجود الاب والعم مع وجود الجد وكابن الاخ والعم لابوين
اولاب مع وجود أبيه وكالجدات من قبل الاب مع وجود الاب وكالجدات من قبل الام مع وجود الام شرح
السراجية للكازرونى (قوله سوى ولد الام فانهم خالفوا غيرهم) فى أشياء لا يفضل ذكرهم على انثاهم
اجتماعا وانفرادا او يرثون مع من ادلوا به وذكرهم أدلى بانثى ويرث بفرض (قوله لعدم استحقاقها الخ)
ولانه لا يرث ارثها الا ان ارثها بالولادة وارثه بالاخوة زيلعى فان قيل اليست الام تستحق جميع التركة اذ
انفردت عن غيرها من اصحاب الفرائض والعصبات قلنا ليس ذلك الاستحقاق من جهة واحدة فانها
تستحق بعض التركة بالفرض وبعضها بالرد والمراد استحقاق جميعها من جهة واحدة كما فى العصبة شرح
السراجية (قوله لا المحروم بالرق) شروع فى موانع الارث وهى أربعة على ماذكره المصنف ويزاد خامس
وهو الردة والفرق بين المحروم والمحجوب بحجب حرمان ان من وجد فيه ما يفوت به أهليته لا رث محروم
ومن وجد فيه الارث دون أهليته محجوب ولهذا جعلنا المحروم بمنزلة المعدوم لانه ليس بأهل للميراث
من كل وجه بخلاف المحجوب فانه أهل له من وجه دون وجه آخر فيجعل كالميت فى حق استحقاق
الارث حتى لا يرث شيئا ولا يجعل ميتا فى حق الحجب فهو وارث فى حق محجوبه سيد على السراجية (قوله
كالمكاتب فيه نظر فان رق المكاتب وافر والملك عليه ناقص والمدبر وأم الولد بعكس ذلك شيخنا
(قوله ومعتق البعض) عند الامام وعندهما يرث (قوله حتى لا يرث المسلم الكافر الخ) يشير الى

لاغير) أى لا يصير غيرهن عصبة باخوتهن
كالعم بالعمة ويحتمل معنى قوله لاغير انه لا يصرن
عصبة بغير اخوتهن كالعم وتسمى هذه العصبات
عصبات بالغير (وأما) العصبات مع الغير فكل
أنثى تصير عصبة بانثى أخرى كالاخت مع البنت
و(من يدلى بغيره يحجب به) الادلاء ارسال الدلو
فى البئر بآلة ثم استعير فى ارسال كل شئ مجازا
فالمعنى من يرسل قرابته الى الميت بواسطة
شخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى
الولد لام فانهم يرثون معها لعدم استحقاقها كل
التركة (والمحجوب يحجب) بالاتفاق (كالاخوين
أو الابنتين) فصاعدا من أى جهة كانوا لا يرثان
مع الاب (ويحجبان الام من الثلث الى السدس
مع الاب) فالاب والابن والام والزوجان والبنت
لا يحجبون حجب الحرمان ويحجب الزوجان
والام وبنت الابن والاخت لاب حجب النقصان
(لا المحروم) أى لا يحجب المحروم كالمحروم
(بالرق) لا يرث العبد من الحر والحر منه سواء
كان وافرا كالقن أو ناقصا كالمكاتب ومعتق
البعض عند أبى حنيفة والمدبر وأم الولد وأما
المستسعى فى اعتاق الراهن المعسر فيرث ويورث
عنه (والقتل مباشرة) أى من جهة المباشرة
والحاصل ان كل قتل تعلق به وجوب القصاص
أو الكفارة يمنع الارث والا لا حتى لو قتل بحق
كالرجم والقود او كان القاتل غير مكلف او كان
القتل تسببا بان حفر بئرا فى الطريق فتلف به
مورثه لا يمنع الارث (واختلاف الدين) حتى
لا يرث المسلم من الكافر ولا الكافر منه (او
اختلاف (الدار) هذا فى حق الكفار لا فى حق
المسلمين

حتى لومات مسلم فى دار الحرب يرث ابنه الذى فى دار الاسلام ثم اختلاف الدار على نوعين حقيقى كحربى مات فى دار الحرب وله ابن ذمى فى دار الاسلام فانه لا يرث الذمى من ذلك الحربى وكذا لومات ذمى فى دار الاسلام وله ابن فى دار الحرب فانه لا يرث الحربى من هذا الذمى وحكمى كالمستأمن والذمى

حتى لومات مستأمن فى دارنا لا يرث منه وارثه الذمى والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع العصمة بينهم ثم اجتمعت الموانع فى هذا النظم

اختلاف دين دار و بند كى مردن است
از مكلف مورثش بى جهة بى مطلقا

(والكافر يورث منه بالنسب) كالبنوة (والسبب) كالزوجية اذا كانت غير محرم (كالمسلم) اى كما يرث المسلم بالنسب والسبب و يرث الكافر بالسببين كالمسلم بان ترك ابنى عم احدهما اخ لام او زوج وقال الشافعى اذا اجتمعت فى المجوسى قرابتان او اكثر يرث بالاقوى وسقط اعتبار الاضعف وعندنا ان أمكن الجمع بينهما فى الميراث فيرث بهما (ولو حجب أحدهما) أى أحد السببين احدى القرابتين الاخرى (فبالحاجب) أى فيرث كما لومات وترك ابنتى خالة احداهما أخته لاب فلها المال كله فرضا وردا لان احدى القرابتين وهى كونها أختا لاب يحجب الاخرى وهى كونها بنت خاله فيرث بالحاجبة (لا بنكاح محرم) بيانه انه اذا تزوج مجوسى بنته فولدت منه ابنا فهذا الابن ابن المجوسى وابن بنته فيرث منه بالبنوة لا ببنوة البنت لان ابن البنت لا يرث مع الابن والمرأة ترث بالبنتية لا بالزوجية والمنكوحة أم هذا الولد وأخته فلها الثلث منه بالامومية والنصف بالاختية عندنا وعنده بالامومية لا غير (ويرث ولد الزنا و ولد اللعان بجهة الام) أى من الام وقرابتها (فقط) فلا يرث من الاب وقرابته ولا يرث الاب وقرابته من هذا الولد وانما يكون ميراثه للام وأولاد الام وقرابتها (و وقف للحمل نصيب ابن) واحد فى رواية عن أبى يوسف وعليه الفتوى وعن أبى حنيفة انه يوقف للابن نصيب أربع بنين وعن محمد نصيب ابنين فلومات وترك ابنا واحدا وأم ولد حامل يكون المال نصفين على القول المختار فيوقف للحمل النصف كما لومات عن زوجة حاملة لا غير ولو ترك امرأة حاملا فحسب لها الثمن ولو ترك معها جدة لها السدس ولو ترك معها أخا أو عما لا يعطى شئ لانه يسقط اذا كان الولد ابنا (الاصل فى) مسائل الحمل انه اذا كان الوارث الآخر ممن يتغير فرضه بحال يعطى أقل النصيبين وان كان ممن لا يتغير فرضه بحال يعطى فرضه على الكمال وان كان يسقط بحال لا يعطى شئ (ويرث) الحمل (ان خرج اكثره حيا فمات لا اقله) اى لا يرث ان خرج اقله ثم مات ثم ان (خرج) مستقيما فالمعتبر صدره يعنى اذا خرج الصدر كله يرث وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وانما يعرف كونه موجودا وقت موت المورث التى

ما صرح به العينى وغيره من ان المراد باختلاف الدين الاختلاف بين الاسلام والكفر وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية وعبادة الوثن فلا تمنع الارث اذا كانوا من أهل دار واحدة لان الكفر كله ملة واحدة (قوله حتى لومات مسلم فى دار الحرب الخ) وكذا عكسه كما سيأتى التصريح به عن الكازرونى (قوله وحكمى هذا هو المعتبر فى منع التوارث) ولا دخل للاختلاف حقيقة فى ذلك حتى لومات مسلم فى دارنا وله وارث فى دار الحرب فانه يرث منه شرح السراجية للكازرونى (قوله المنعة) أى العسكر والملك بكسر اللام اعلم ان اختلاف الدار باختلاف المنعة والملك انما يتحقق فى الكفار دون المسلمين فان أهل البغى وأهل العدل يتوارثون فيما بينهم وان اختلفت المنعة والملك قال فى تتمة الفتاوى اختلاف الدار انما يظهر حكمه فى حق أهل الكفر لا فى حق المسلمين فان حكم الاسلام يجمعهم قال ابن الامين قال شمس الائمة اذا اسلم فى دار الحرب وأوصى له مسلم فى دار الاسلام بجميع ماله الوصية صحيحة لان المسلم من أهل دار الاسلام حيث ما كان الا ترى ان زوجته لو خرجت مسلمة بعد اسلامه لم تبن منه بخلاف ما اذا خرجت قبل اسلامه انتهى ولكن ذكر العتابى المسلم الذى لم يهاجر الينا لا يرث من المسلم الذى لم يهاجر سواء كان فى دار الحرب مستأمنا أولا وهكذا ذكر أبو اليسر وذكره فى شرح السراجية أيضا قال صاحب الضوء وهذا كان فى ابتداء الاسلام حين كانت الهجرة فريضة فأما اليوم فينبغى ان يرث أحدهما الآخر لان الهجرة انتسخت لقوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح حموى (قوله أحدهما أخ لام) وذلك بان يكون اخوان لاب وأم او لاب ولكل واحد منهما امرأة وابن منها ثم ان أحدهما طلق امرأته او مات عنها فتزوجها الآخر فولدت له ابنا ثم مات ولدها من الزوج الاول عن ابنى عم أحدهما أخ لام أى مات بعد موت الاخوين اللذين هما الزوجان (قوله أى أحد السببين) وما فى شرح العينى من قوله أى أحد الكافرين صوابه أحدى القرابتين او السببين (قوله لا بنكاح محرم) أما عندهما فلعدم صحة النكاح وأما عند الامام فانه وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا أسلم فكان كالفاسد (قوله بجهة الام) فقط لانقطاع نسبه من جهة الاب ولا يرث ولا يورث بالعصوبة الا بالولاد والولاء عينى (قوله حظ ابن واحد) او بنت أيهما أكثر كما اذا ماتت عن زوج وأم وأخ من ام وعن امرأة أبيها الحامل منه فالمسألة من ستة ان فرض الحمل ذكرا يفضل له سدس تعصيبا وان فرض انثى يكون لها النصف ثلاثة وتعول الى ثمانية فيوقف لها هنا نصيب انثى لان ثلاثة من ثمانية أكثر من واحد من ستة شيخنا (قوله وعليه الفتوى) لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر موهوم و يؤخذ كفيل من الورثة على قوله أى قول أبى يوسف لاحتمال ان يكون أكثر وهذا اذا كان فى الورثة ولد والا فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم زيلعى (قوله أربع بنين) او أربع بنات أيهما أكثر يعنى قد يكون نصيب أربع بنين أكثر من نصيب أربع بنات وقد يكون بالعكس مثلا اذا مات عن ابنين وزوجة حامل كان نصيب أربع بنين أكثر واذا مات عن زوجته الحامل و والديه كان نصيب أربع بنات أكثر ووجه الاكتفاء بالاربعة قول شريك النخعى رأيت بالكوفة لابى اسماعيل أربع بنين فى بطن واحد ولم ينقل عن المتقدمين أكثر من ذلك لكن صرح الحنابلة بان امرأة ولدت سبع بنين وعاشوا كلهم وروى الشافعى عن شيخه انه كان له عشرون ولدا كل خمسة منهم فى بطن وروى بعض أصحابه ان بعض النساء ولدت اثنى عشر ولدا فى بطن واحد كازرونى (قوله وعن محمد الخ) وعنه أيضا انه يوقف نصيب ثلاثة بنين او ثلاث بنات أيهما أكثر رواه عنه ليث بن سعد وليست هذه الرواية موجودة فى شروح الاصل ولا فى عامة الروايات سيد على السراجية (قوله نصيب ابنين) او بنتين أيهما أكثر وهو قول الحسن واحدى الروايتين عن أبى يوسف لان ولادة الاربعة فى بطن واحد فى غاية الندرة فلا يبنى الحكم عليه بل على ما يعتاد فى الجملة وهو ولادة اثنين سيد على السراجية (قوله مستقيما) هو ان يخرج رأسه اولا (قوله منكوسا) بان خرج رجلاه اولا (قوله فالمعتبر سرته) كان ينبغى اعتبار السرة

التى هى الوسط مطلقا وان خرج مستقيما فبتحقق خروج الاكثر لكن لما كان الاعلى محل الاعضاء الرئيسة
والحواس اعتبروا الصدر اذ بخروجه تخرج تلك الاعضاء فكانه خرج الكل الى هذا يشير كلام الحموى
(قوله اذا ولدت) لاقل من ستة أشهر أى من وقت الموت (قوله وان كانت فى العدة الخ) اعلم انه اذا كان
الحمل من الميت بان خلف امرأة حاملا وجاءت تلك المرأة بالولد لتمام سنتين او أقل او جاءت به لستة أشهر
او أقل او أكثر ولم تكن المرأة اقرت بانقضاء العدة يرث ذلك الولد من الميت واقاربه ويورث عنه لان
وجود الولد فى البطن وقت الموت شرط فى استحقاق الارث فاذا لم تكن اقرت بانقضاء العدة مع ثبوت مدة
الحمل حكم بوجود الحمل فى ذلك الوقت وان جاءت بالولد لاكثر من أكثر مدة الحمل لا يرث ذلك الولد من الميت
ولا يورث منه من قبله اذ قد علم بمجيئه كذلك ان علوقه كان بعد الموت فلا نسب ولا ميراث وكذا اذا اقرت
بانقضاء عدتها فى مدة يتصور فيها انقضاء العدة ثم جاءت بالولد فى تلك المدة فانه لا يرث ولا يورث اذ قد علم
باقرارها ان الحمل لم يكن من الميت وان كان الحمل من غيره بان ترك امرأة حاملا من أبيه او جده او غيرهما
من ورثته وجاءت بالولد لستة أشهر أو أقل من زمان الموت يرث لانه قد تحقق وجوده فى البطن حال الموت
وان جاءت به لاكثر من أقل مدة الحمل لا يرث اذ لم تتيقن علوقه حينئذ ولا ضرورة هاهنا الى تقدير وجوده
فى زمان الموت بخلاف ما اذا كان الحمل منه فان العلوق هناك يستند الى أكثر اوقات الحمل لضرورة
اثبات نسبه من الميت بعد ارتفاع النكاح بالموت اما اذا كان الحمل من غيره فنسبه ثابت من ذلك الغير
فلا ضرورة ههنا الى اعتبار أكثر الاوقات بل يجب الاقتصار على ما هو أقل من مدة الحمل وما دونه واعلم
ان ما مشى عليه فى السراجية حيث قال وان كان الحمل من غيره وجاءت بالولد لستة أشهر أو أقل الخ
مخالف لما فى شرح الحموى حيث اقتصر على ما اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر والحاصل ان تمام
الستة أشهر ملحق بالاكثر فى ظاهر الرواية لعدم تيقن العلوق وقت الموت بقى ان ما سبق من انها اذا
أقرت بانقضاء العدة الخ معلل بانها أمينة فى حق ما فى بطنها وقول الامين معتبر فيما هو فى عهدته قال
الكازرونى كذا قالوا واورد عليه انها قد تقر بالانقضاء لمصلحة نفسها ثم يظهر الولد بعد الاقرار قبل مضى
مدة الحمل فيلزم عدم ثبوت نسبه والحرمان عن الارث من الجانبين فكان الاقرار منها اقرارا على الغير
انتهى فان قيل ما فائدة اقرارها بانقضاء العدة مع ان المتوفى عنها تنقضى عدتها بالاشهر وان لم تقر قلت
يحتمل ان تكون أم ولد لانها تعتد بالحيض للموت وغيره كما سبق فى محله أو انه لم يعلم بموت زوجها أحد سواها
فيتعلق الحكم باقرارها حموى عن المقدسى (قوله موجودا وقت الموت الخ) وانما اشترط ذلك لان الوراثة
خلافة والمعدوم لا يتصور ان يكون خلفا عن احد وادنى درجات الخلافة الوجود حموى فان قيل الخلافة
لا تتحقق الا باعتبار صفة الحياة لان الميت لا يكون خلفا عن الميت مع انكم لا تعتبرون ذلك لانكم
تقولون وان كان نطفة فى الرحم عند موت المورث فانه يكون من جملة الورثة ولا حياة فى النطفة أجيب
بأن النطفة فى الرحم ما لم تفسد فهى معدة لان تكون شخصا حيا فتعطى حكم الحياة باعتبار المآل كما يعطى
للبيض حكم الصيد فى وجوب الجزاء على المحرم اذا كسره وان لم يكن فيه معنى الصيد بالفعل ولهذا
قلنا بصحة اعتاق ما فى البطن وصحة الوصية له وان كان نطفة فى الرحم وهو مشكل لانهم قالوا
يشترط فى حياة الوارث ان تكون مستقرة فلو ذبح انسانا فمات أبوه وهو يتحرك لم يرث من أبيه لان
حياته غير مستقرة وكذا الميراث اذا انفصل الجنين وحركته حركة مذبوح فما الفرق بين ابتداء حياته
وانتهائها حيث لم يشترط استقرارها فى الابتداء وشرط ذلك فى الانتهاء شيخنا عن ابن يونس ويجاب
بأن الحياة فى النطفة مستقرة مآلا بخلاف المذبوح والجنين اذا انفصل وحركته حركة مذبوح (قوله
وعلامة خروجه حيا الخ) هذا هو الشرط الثانى لارث الحمل وهذا اذا انفصل بنفسه واما اذا انفصل
ميتا بفعل الغير بأن ضرب انسان بطنها فالقت ميتا فانه يرث حموى لان الشارع أوجب على الضارب
الغرة اى نصف عشر الدية ذكرا كان الجنين أو انثى اذ وجوب الضمان يتحقق بالجناية على الحى دون الميت

اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الموت ان
كان النكاح قائما وقت الموت وان كان فى
العدة وقت الموت فانها اذا ولدت لاقل من سنتين
يعلم انه كان موجودا وقت الموت (وعلامة
خروجه حيا ان يستهل وهو ان يسمع منه صوت
أو عطاس وكذا اذا تحرك شئ من أعضائه (تم
الاصل) فى تصحيحه

أن تصحح المسألة على تقديرين أى على تقدير ان الحمل ذكر وعلى تقدير انه أنثى (ثم) انظر بين المسألتين فان توافقا فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر فان تباينا فاضرب كل واحد منهما فى جميع الآخر فالمبلغ تصحيح المسألة (ثم اضرب) من كان له شئ فى مسألة ذكورية فى مسألة أنوثية أوفى وفقها ومن كان له شئ فى مسألة أنوثية فى مسألة ذكورية أوفى وفقها كما فى الخنثى ثم انظر فى الحاصلين من الضرب أيتهما أقل يعطى لذلك الوارث والفضل منها موقوف من نصيب ذلك الوارث فاذا ظهر الحمل فان كان مستحقا بجميع الموقوف فيها وان كان مستحقا للبعض فيأخذ ذلك البعض والباقى مقسوم بين الورثة ويعطى كل واحد من الورثة ما كان موقوفا من نصيبه (ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموت) بل ما كان لكل واحد منهم لورثة الاحياء فلو غرق زوجان وترك كل واحد منهما أخا فمالها لاخيها وماله لاخيه وكذا لو وقع حائط على جماعة وماتوا جميعا ولم يدر ايهم مات اولا لا يرث بعضهم عن بعض (ولما فرغ) من الصنف الثانى شرع فى الصنف الثالث وقال (وذو رحم) عطف على قوله ذو فرض فى أول الكتاب (وهو قريب ليس بذى سهم ولا عصبة ولا يرث مع ذى سهم ولا عصبة سوى مع احد الزوجين لعدم الرد عليهما) وقال ابن ثابت لا ميراث لذوى الارحام وتوضع فى بيت المال وبه اخذ مالك والشافعى (وترتيبهم كترتيب العصبات) ثم ذوى الارحام اربعة اصناف (صنف) ينتمى الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن (وصنف) ينتمى اليهم الميت وهم الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات (وصنف) ينتمى الى أبوى الميت كبنات الاخوة لاب وأم أولاب وأولاد الاخوة لام واولاد الاخوات كلها (وصنف) ينتمى الى جدى الميت وهم الاعمام لام واولادهم والعمات واولادهن والاخوال والخالات واولادهم وبنات الاعمام لاب وام أولاب فهؤلاء كلهم ذوو الارحام وأولاهم بالميراث الصنف الاول وان كان ابعد ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع على ترتيب العصبات فيقدم اولاد البنات على اولاد بنات الابن ذكورا كانوا او اناثا ومختلطين ثم الاجداد الساقطون والجدات الساقطات ثم اولاد الاخوات كلهم وبنات الاخوة كلهم واولادهم ثم الاعمام لام والعمات والاخوال والخالات وبنات الاعمام كلهم ثم اولاد هؤلاء وهو المأخوذ للفتوى (والترجيح بقرب الدرجة) الخ كبنت البنت اولى من بنت بنت البنت (ثم يكون الاصل وارثا) ان استووا فى الدرجة فولد الوارث اولى سواء كان ولد عصبة او ولد صاحب فرض كبنت بنت الابن اولى من بنت بنت البنت

فاذا حكم بحياته يرث ويورث كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة وهذا اذا تم عضو من اعضاء الجنين فاذا لم يتم عضو من اعضائه لا تجب الغرة (قوله ان تصحح على تقديرين الخ) كما اذا ترك بنتا وأبوين وامرأة حاملا فالمسألة من أربعة وعشرين على تقدير ذكورته ومن سبعة وعشرين على تقدير انوثته وبين المسألتين موافقة بالثلث فاذا ضربنا وفق احدهما فى جميع الاخرى بلغ مائتين وستة عشر سهما فعلى تقدير ذكورته للمرأة سبعة وعشرون ولكل من الابوين ستة وثلاثون وعلى تقدير انوثته للمرأة أربعة وعشرون ولكل من الابوين اثنان وثلاثون فيعطى للمرأة أربعة وعشرون ويوقف من نصيبها ثلاثة ويوقف من نصيب كل واحد من الابوين أربعة ويعطى للبنت تسعة وثلاثون لان الموقوف فى حقها نصيب ابن واحد فنصيبها من مسألة الذكورة اربعة وثلث مضروبة فى تسعة يحصل تسعة وثلاثون والباقى وهو تسعة وثمانون موقوف فان ولدت بنتا واحدة او اكثر فجميع الموقوف للبنات وان ولدت ابنا واحدا أو اكثر يعطى للمرأة والابوين ما كان موقوفا من نصيبهم وما بقى يقسم بين الاولاد وان ولدت ميتا يعطى للمرأة وللابوين ما كان موقوفا من نصيبهم وللبنت الى تمام النصف فيكمل لها والباقى للاب وهو تسعة اسهم كذا فى السراجية (قوله ولا توارث بين الغرقى الخ) لان الارث يبنى على التيقن بسبب الاستحقاق وشرطه حياة الوارث بعد موت المورث فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت الارث بالشك زيلعى (قوله عطف على قوله ذو فرض) وما فى الزيلعى من انه عطف على عصبة تعقبه الحموى بأن الصحيح ان المعاطيف اذا تكررت تكون على الاول ما لم يكن العطف بحرف مرتب (قوله لا ميراث لذوى الارحام) لانه عليه السلام سئل عن رجل ترك عمته وخالته فقال لا شئ لهما ولنا قوله عليه السلام الخال وارث من لا وارث له قال الترمذى حديث حسن وحين مات ثابت بن الدحداح قال عليه السلام لعاصم بن على هل تعرفون له فيكم نسبا فقال لا يا رسول الله فاعطى عليه السلام ميراثه لابن أخته وعلى هذا كانت الصحابة وما رووه منقطع ومن مذهب الامام الشافعى انه لا يكون حجة فكيف يحتج به على غيره ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه ايضا عندنا حجة اذ يحتمل ان يكون هناك من هو أولى منهما أو قبل نزول الآية او ان المراد من قوله عليه السلام لا شئ لهما أى ليس لهما فرض مقدر فان قيل لا حجة لكم فى الآية لانها نزلت ردا للتوارث بالموالاة ويحتمل ان يكون المراد بها العصبة واصحاب السهام وليس فيها دلالة على ان المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهى عامة فيعمل بعمومها على ان كثيرا من اصحاب الامام الشافعى خالفوه منهم ابن شريح وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف زيلعى (قوله وهم كالاعمام لام الخ) اعلم ان بنات الاعمام لاب وام يؤخرون عن الاعمام لام والعمات مطلقا لان الصنف الرابع كالاول أولاهم بالميراث اقربهم وفيما ذكره الشارح ايهام فتنبه له كذا ذكره شيخنا (قوله ثم يكون الاصل وارثا) واعلم ان اعتبار كون الاصل وارثا وغير وارث انما هو فى الدرجة الثانية لا غير لانا ان اعتبرنا هذا فى الاعم من الدرجة الثانية والثالثة يلزم عدم ترجيح بنت بنت الابن على بنت بنت البنت لان البنت العليا بنت صلبية وهى وارثة وهذا باطل فوجب اعتبار ترجيح ذى رحم أصله الادنى وارث سواء كان ذلك الاصل الادنى عصبة او صاحب فرض على ذى رحم أصله الادنى اى بلا واسطة غير وارث شيخنا (قوله اى ان استووا فى الدرجة الخ) اعلم ان الاقوى منهم فى القرابة أولى بالاجماع فمن كان لاب وأم أولى ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام وكذا فى اولادهم كما فى السراجية وشرحها (قوله سواء كان ولد عصبة

وابن بنت ابن اولى من ابن بنت بنت (وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الاب ضعف قرابة الام) كاب ام اب الاب وكاب ابـ ام الام الثلثان للجد من جهة الاب والثلث من جهة الام (وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان) اى وان استووا فى القرب وليس فيهم ولد وارث فالمال يقسم بينهم على السواء ان كانوا ذكورا كلهم اوانا ثا كلهم وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وهذا بلا خلاف اذا اتفق الاصول اى الاباء والامهات فى الذكورة والانوثة والا اى (على منلامسكين) وان اختلفت صفة الاصول فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف عند محمد رحمه الله وعند أبى يوسف يعتبران الفروع و يقسم المال بينهم على السواء ان كان الكل ذكورا أوانا ثا وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين حتى لوترك ابن بنت و بنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين باعتبار الابدان لان صفة الاصول متفقة وهذا بلا خلاف ولوترك بنت بنت بنت وبنت ابن بنت فعند أبى يوسف المال بينهما نصفان اعتبارا الابدانهم وعند محمد المال بينهما اثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت بنت البنت باعتبار الاصول كانه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت ثم ما أصاب ابن البنت فلولده وما أصاب بنت البنت فلولدها (والفروض) المقدرة فى كتاب الله تعالى ستة (نصف وربع وثمن) هذا جنس (وثلثان وثلث وسدس) هذا جنس آخر على التضعيف والتنصيف أى النصف ضعف الربع والربع ضعف الثمن والثلثان ضعف الثلث والثلث ضعف السدس والثمن نصف الربع والربع نصف النصف والسدس نصف الثلث والثلث نصف الثلثين (ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها) اى للربع والثمن والثلثان والثلث والسدس وهذا عند عدم اختلاط الجنس بالجنس الآخر بأن كان فى المسئلة نصف أونصف ومابقى فأصلها من اثنين وان كان فيها ثلثا اوثلث ومابقى أوثلثان ومابقى أوثلثان وثلث فمن ثلاثة وان كان فيها ربع اوربع ومابقى أوربع ونصف ومابقى أوربع وثلث مابقى فمن اربعة وان كان فيها سدس ومابقى أوسدس ونصف ومابقى أوسدس وثلث ومابقى اوسدس ونصف وثلث ومابقى فمن ستة كزوج وام واخوين لاب وام وكذا لو كان سدسان ونصف اوثلثان ونصف وان كان فيها ثمن ومابقى فمن ثمانية (واثنى عشر واربعة وعشرون بالاختلاط) اى ان اختلط الربع بكل الثانى او ببعضه

(قوله وان اتفق الاصول الخ) اى سواء كان الوارث الذى هو أصل ذى الرحم شيخنا (قوله وابن بنت الابن اولى) لان أمه صاحبة فرض بخلاف ابن بنت البنت لان أمه من ذوى الارحام شيخنا (قوله وعند اختلاف جهة القرابة الخ) ليس على اطلاقه بل هو محمول على ما اذا استووا فى الدرجة بقرينة ما سبق من قوله والترجيح بقرب الدرجة اذ هو باطلاقه شامل لما اذا اختلفت جهة القرابة ولهذا قال فى السراجية وشرحها اولاهم بالميراث أقربهم الى الميت من اى وجه كان سواء كان الاقرب من جهة الابعد اومن غير جهته الى ان قال وكذا اولاد العمة اولى من اولاد الخالة وبالعكس لوجود الاقربية مع اختلاف الجهة الخ والتمثيل الذى ذكره الشارح حيث مثل بقوله كأب أم اب الاب الخ يشير الى ذلك (قوله وان استووا فى القرب) وليس فيهم ولد وارث اوكانوا كلهم ولد الوارث كبنت البنت وابن البنت شيخنا (قوله فولد الوارث اولى بخلاف ولد ولد الوارث) فانه ليس بأولى فى الصحيح كما فى الظهيرية كبنت بنت بنت و بنت بنت ابن هما سواء فطلق الادلاء بالوارث لا يوجب التقديم فى الصنف الاول ولا فى الثانى على الاصح حموى عن الرمز بل لا بد وان يكون ولد الوارث بلا واسطة كما سبق قوله صفة الاصول المراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم اولم يكونوا حينى (قوله فالعدد منهم) اى من الفروع شيخنا (قوله والوصف من بطن اختلف عند محمد اختار المصنف قول محمد لانه اشهر الروايتين عن الامام بخلاف قول ابى يوسف فانه وان روى عن الامام ايضا لكن رواية شاذة وذكر بعضهم ان مشايخ بخارى اخذوا بقول ابى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه ايسر على المفتى سيد على السراجية قال الكازرونى وعمل ائمة خوارزم ايضا على قول ابى يوسف ذكره صاحب الشروط وفى شرح الحموى عن أبى عصمة وأبى اليسر قول أبى يوسف أقرب الى الصواب وعليه الاعتماد (قوله ثلثاه لبنت ابن البنت نصيب أبيها وثلثه لبنت بنت البنت نصيب أمها (قوله على التضعيف) ان بدأت بالاقل أوالتنصيف ان بدأت بالاكثر فالثمن اذا ضعف حصل الربع واذا ضعف الربع حصل النصف وكذا السدس اذا ضعف صار ثلثا واذا ضعف الثلث صار ثلثين وأراد بالتنصيف انه اذا نصف النصف صار ربعا واذا نصف الربع صار ثمنا وكذا الحال فى تنصيف الثلثين والثلث (قوله لسميها) أى لسمى الاربعة والثمانية والثلاثة والستة لان مخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمى له فلذلك قيد بقوله اثنان مخرج النصف عينى (قوله ومابقى من ستة) كذا فيما وقفت عليه من النسخ ولا وجه له فهو سبق قلم شيخنا لانه لم يبق بعد الفروض المذكورة شئ (قوله وأخوين لاب وأم) صوابه وأخوين لام كما فى شروح السراجية والاصل أنه متى جاء فى المسائل من هذه الفروض مثنى أوثلاث فكل عدد يكون مخرجا لجزء فهو مخرج لضعف ذلك الجزء ولضعف ضعفه كالستة فانها مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه (قوله بالاختلاط) الاصل انه اذا اختلط أحد النوعين بالآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما واذا أردت معرفة ذلك فانظر بين مخرجى الفرضين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر أومباينة فجميع أحدهما فى جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول بكل الثانى أو ببعضه فهو من ستة كما فى متن السراجية ونص عبارتها مع الشرح اذا اختلط النصف بالثلث والسدس معا كما اذا تركت زوجا وأختين لام وأما فهو

فهو من اثنى عشر وان اختلط الثمن بكل الثانى او ببعضه فهو من اربعة وعشرين وان اختلط النصف بكل الثانى او ببعضه فهو من ستة انما يستقيم اختلاط الثمن بكل الثانى عنده بيانه فى امرأة وام واختين لاب وام واختين لام وابن محروم فعندنا المسئلة من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر وعنده من اربعة وعشرين وتعول الى احد وثلثين لان الابن المحروم يحجب المرأة من الربع الى الثمن (وتعول) عال الميزان اى مال وارتفع ومنه عالت الفريضة (بزيادة ستة) تعول (الى عشرة وترا وشفعا) كزوج واختين لاب وام اوزوج واخت لاب وام واخ لام وشفعا كزوج واختين لاب وام واخ لام اوزوج واختين لاب وام واختين لام او كزوج واختين لاب وام واختين لام وام لام واثنى عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا كزوجة واختين لاب واخ لام اوزوج وبنتين وابوين اوزوجة واختين لاب وام واخوين لام وام (واربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين) عولا واحدا كامرأة وبنتين وابوين وهى المنبرية لان عليا رضى الله عنه سئل على المنبر عنها فقال انقلب ثمنها تسعا ولا يزاد على هذا الا عند ابن مسعود فان عنده تعول الى احد وثلثين كما بينا آنفا فى مسئلة المحروم (فالحاصل) ان مجموع المخارج سبعة اربعة منها لا تعول اثنان اربعة ثلاثة وثمانية بالاستقراء وثلاثة تعول ستة اثنى عشر اربعة وعشرون بالاستقراء أيضا ويحتاجون فى تصحيح المسائل الى سبعة اصول ثلاثة بين السهام والرؤس وهى الاستقامة والموافقة والمباينة فانها ان انقسمت بلا كسر فلا يحتاج الى ضرب كابوين وابنتين اصل المسئلة من ستة ويستقيم على الكل (وان انكسر حظ فريق واحد ضرب وفق العدد) أى عدد رؤس من انكسر عليهم السهام (فى الفريضة) أى فى أصل المسئلة (ان وافق) بين سهامهم ورؤسهم كابوين وعشر بنات

من ستة انتهى وقال الزيلعى اذا اختلط النصف من الاول بكل الثانى أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر بلغ ستة انتهى ومنه يعلم ان ماذكره الشرح من قوله وان اختلط النصف بكل الثانى أو ببعضه صواب خلافا لما فى حاشية السيد الحموى من التصويب (قوله فهو من اثنى عشر) لان مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس بالنصف فاذا ضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر يبلغ اثنى عشر وان كان المختلط به الثلث أو الثلثان فلا موافقة فاضرب أحدهما فى الآخر يبلغ اثنى عشر وان كان المختلط بالثانى هو الثمن فان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة فاضرب ثلاثة فى ثمانية يبلغ أربعة وعشرين زيلعى (قوله وتعول) أى هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج والعول لغة الميل يقال عال فى حكمه جار ومنه قوله تعالى ذلك أدنى ان لا تعولوا ومنه قول أبى طالب * بميزان صدق ما يعول شعيرة * ووزان صدق وزنه غير عائل * وعرفا زيادة السهام اذا كثرت الفروض على مخرج الفريضة ليدخل النقص على كل منهم بقدر فرضه وأول من حكم بالعول عمر در (قوله عال الميزان الخ) اعلم ان العول فى اللغة يأتى لمعان لانه يستعمل بمعنى الميل الى الجور كما سبق يقال فلان يعول على أى يميل جائرا وبمعنى الغلبة يقال فلان عيل صبره أى غلب وبمعنى الرفع يقال عال الميزان اذا رفعه ومن هذا الاخير أخذ المعنى المصطلح عليه كذا ذكره الجرجانى ومنه تعلم سر اقتصار الشارح على المعنى الاخير لكن ذكر الكازرونى أنه يجوز ان يكون لفظ العول من المعنى الاول لان المسئلة مالت على أهلها بالجور حيث نقصتهم عن فروضهم والثانى لانها غلبت أهلها بادخال الضرر عليهم (قوله فالحاصل ان مجموع المخارج سبعة) ولا يجتمع اكثر من أربع فروض فى مسئلة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع فرق در (قوله على المنبر) أى منبر الكوفة (قوله فقال انقلب ثمنها تسعا) أجاب به من سأله متعنتا فقال أليس للزوجة الثمن ومضى فى خطبته فتعجبوا من فطنته (قوله ويحتاج فى تصحيحه الخ) التصحيح اخذ السهام من أقل عدد يمكن على وجه لا يقع الكسر على واحد من المستحقين ورثة كانوا أو غرماء كازرونى ويطلق أيضا على ما تصح منه المسئلة يقال تصحيح المسئلة كذا واعلم ان وجه انحصار النسب بين الاعداد فى الاقسام الاربعة وهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين انك اذا نسبت عددا الى آخر فان ساواه فهما متماثلان والا فان كان الاقل مغنيا للاكثر فهما متداخلان وان لم يكن مغنيا فاما ان يعدهما عدد غير الواحد فهما متوافقان او لا يعدهما غيره فمتباينان جرجانى (قوله ثلاثة بين السهام والرؤس) حاصل هذه الاصول الثلاثة أنه اذا استقام السهام على الورثة فذاك هو الاصل الاول وان لم يستقم فاما ان ينكسر على طائفة واحدة او اكثر والثانى هو المذكور فى الاصول الاربعة والاول لا يخلو من ان يكون بين سهام تلك الطائفة وبين عدد رؤسهم موافقة أولا فالاول هو الاصل الثانى والثانى هو الاصل الثالث جرجانى فان قيل قد اعتبروا فى الاصول التى بين الرؤس والرؤس التماثل والتداخل والتوافق والتباين حتى صارت باعتبارها أربعة فلم يعتبر فى الاصول التى بين الرؤس والسهام التداخل حتى تكون أربعة أيضا قلت انما لم يعتبر التداخل بينهما بل ردت المداخلة الى الموافقة ان لم تنقسم السهام على الرؤس أو الى المماثلة ان انقسمت عليها راموا للاختصار وتقليلا للسهام فجعلوا صور المماثلة وبعض صور المداخلة وهو ما اذا كان السهام اكثر من الرؤس قسما واحدا وعبروا عنه بالاستقامة وهى عبارة عن ان تنقسم السهام على الرؤس قسمة صحيحة فهى شاملة لهما وأدخلوا البعض الآخر من صور المداخلة وهو عكس ماذكر فى الموافقة لعدم الفرق بينهما فى الحكم كازرونى (قوله فلا يحتاج الى ضرب) لا يقال على هذا ينبغى

ان

أصل المسئلة من ستة ويصح من ثلثين وعولها ان كانت عائلة كزوج وابوين وست بنات أصلها من اثنى عشر وتعول الى خمسة عشر ويصح من خمسة واربعين (والا) أى وان لم يكن بين سهامهم ورؤسهم موافقة (فالعدد) أى عدد رؤس من انكسر عليهم يضرب (فى الفريضة) كزوج وخمس اخوات لان أصلها من الستة ويصح من خمسة وثلاثين (فالمبلغ) المضروب (مخرج) المسئلة فى الصورتين (وان تعدد الكسر) واربعة بين الرؤس والرؤس وهى التماثل والتداخل والتوافق والتباين وذلك عند تعدد الكسر بان يكون الكسر على طائفتين أو اكثر (فان تعدد الكسر وتماثل) أعداد الرؤس الموقوفة اى يكون كل واحد منها مساويا للآخر (ضرب واحد) من الاعداد فى أصل المسئلة كثلاث بنات وثلاث جدات وثلاثة اعمام أصلها من ستة ويصح من ثمانية عشر (وان) تعدد الكسر (وتداخل) بعض الاعداد فى البعض بان يفند الاقل الاكثر أى يفنيه (فالاكثر) أى ضرب اكثر الاعداد فى اصل المسئلة كاربع زوجات وثلاث جدات واثنى عشر عما اصلها من اثنى عشر ويصح من مائة واربعة واربعين (و) ان تعدد الكسر (وتوافق) بعض عدد الرؤس بعضا بان لا يعد أقلها الاكثر ولكن يعدهما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين يعدهما أربعة (فالوفق) أى ضرب وفق احد الاعداد فى جميع الثانى ثم ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث والا فالمبلغ فى الثلث ثم فى الرابع كذلك ثم المبلغ فى اصل المسئلة كاربع زوجات وثمان عشر بنتا وخمسة عشر جدة وستة اعمام أصلها من أربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة لم يستقم عليهن فناخذ عدد رؤسهن اربعة وللبنات الثلثان ستة عشر ولم يستقم عليهن ولكن بين العددين موافقة بالنصف فأخذنا نصف عدد رؤسهن تسعة وللجدات السدس اربعة ولم يستقم عليهن ولا موافقة بين العددين فاخذنا جميع عدد رؤسهن خمسة عشر وللاعمام الباقى سهم ولم يستقم عليهن ولا موافقة بينه وبين الستة فأخذنا جميع عدد رؤسهم ستة فحصل معنا أربعة ستة تسعة خمسة عشر فطلبنا الوفق بين اربعة وستة فوجدنا بينهما موافقة بالنصف فضربنا نصف احدهما فى جميع الآخر فبلغ اثنى عشر ثم طلبنا بينه وبين التسعة فوجدنا بينهما موافقة بالثلث فضربنا ثلث احدهما فى جميع الآخر صار ستة وثلاثين ثم طلبنا بينه وبين خمسة عشر فوجدنا بينهما أيضا موافقة بالثلث فضربنا ثلث احدهما فى جميع الآخر فبلغ مائة وثمانين فضربناه فى أصل المسئلة وذلك أربعة وعشرون

أن لا يذكر هذا الاصل فى باب التصحيح لانه ازالة الكسر ولا كسر فيه لان التصحيح ليس ازالة الكسر بل هو تعيين سهم كل مستحق خاليا عن الكسر وهذا قد يحصل بدون الضرب وقد يحصل بضرب جميع عدد الرؤس أو بعضه فالقسمة على وجه الاستقامة داخلة فى هذا الباب كازرونى (قوله أصل المسئلة من ستة) السدسان وهما اثنان للابوين ويستقيمان عليهما والثلثان وهما أربعة للبنات العشرة ولا تستقيم عليهن لكن بين الاربعة والعشرة موافقة بالنصف فان العدد العاد لهما هو الاثنان فرددنا عدد الرؤس أعنى العشرة الى نصفها وهو خمسة وضربناها فى الستة التى هى أصل المسئلة صار الحاصل ثلاثين فتصح منه المسئلة اذا كان للابوين من اصل المسئلة سهمان وقد ضربناهما فى المضروب الذى هو خمسة فصار عشرة لكل منهما خمسة وكان للبنات منه أربعة وقد ضربناها أيضا فى خمسة فصار عشرين فلكل واحدة منهن اثنان جرجانى (قوله أصلها من اثنى عشر) لاجتماع الربع والسدس والثلثين فللزوج ربعها وهو ثلاثة وللابوين سدساها وهما أربعة وللبنات الست ثلثاها وهى ثمانية فقد عالت المسئلة الى خمسة عشر وانكسر سهام البنات أعنى الثمانية على عدد رؤسهن فقط لكن بين عددى السهام والرؤس توافق بالنصف فرددنا عدد رؤسهن الى نصفه وهو ثلاثة ثم ضربناها فى أصل المسئلة مع عولها وهو خمسة عشر فحصل خمسة وأربعون فتستقيم منها المسئلة اذ قد كان للزوج من أصل المسئلة ثلاثة وقد ضربناها فى المضروب الذى هو ثلاثة فصار تسعة فهى له وسهم الابوين أربعة وقد ضربناها فى ثلاثة صار اثنى عشر فلكل منهما ستة وكان للبنات ثمانية ضربناها فى ثلاثة فحصل أربعة وعشرون فلكل واحدة منهن أربعة جرجانى (قوله وأربعة بين الرؤس والرؤس) عطف على قوله ثلاثة بين السهام والرؤس شيخنا (قوله أصلها من ستة للبنات) الست الثلثان وهو أربعة ولا يستقيم عليهن لكن بين الاربعة وعدد رؤسهن موافقة بالنصف فأخذنا نصف عدد رؤسهن وهو ثلاثة وللجدات الثلاث السدس وهو واحد فلا يستقيم عليهن ولا موافقة بين الواحد وعدد رؤسهن فأخذنا جميع عدد رؤسهن وهو أيضا ثلاثة وللاعمام الثلاثة الباقى وهو واحد أيضا وبينه وبين عدد رؤسهم مباينة فأخذنا جميع عدد رؤسهم ثم نسبنا هذه الاعداد المأخوذة بعضها الى بعض فوجدناها متماثلة وضربنا أحدهما وهو ثلاثة فى أصل المسئلة أعنى الستة فصار ثمانية عشر فمنها تستقيم المسئلة اذ كان للبنات أربعة ضربناها فى المضروب الذى هو ثلاثة فصار اثنى عشر فلكل واحدة منهن اثنان وللجدات واحد ضربناه أيضا فى المضروب الذى هو ثلاثة فكان ثلاثة فلكل واحدة منهن واحد وللاعمام واحد أيضا ضربناه فى الثلاثة واعطينا كل واحد منهم واحدا جرجانى (قوله واثنى عشر عما) أى لاب جرجانى (قوله اصلها من اثنى عشر) للجدات الثلاث السدس وهو اثنان فلا يستقيم عليهن وبين سهامهن ورؤسهن مباينة فاخذنا مجموع عدد رؤسهن وهو ثلاثة وللزوجات الاربع الربع وهو ثلاثة فلا استقامة بل بين عدد رؤسهن وسهامهن مباينة فاخذنا عدد الرؤس بتمامه وللاعمام الاثنى عشر الباقى وهو سبعة فلا تستقيم على اثنى عشر بل بينهما تباين فاخذنا عدد الرؤس باسره ثم طلبنا النسبة بين اعداد الرؤس المأخوذة فوجدنا الثلاثة والاربعة متداخلين فى الاثنى عشر الذى هو اكثر اعداد الرؤس فضربناه فى أصل المسئلة وهو ايضا اثنى عشر فصار مائة واربعة

يبلغ اربعة آلاف وثلثمائة وعشرون فمنها تصح المسألة (والا) أى وان لم يتماثل ولم يتداخل ولم يتوافق بان تباين الاعداد بعضها بعضا بان لا يعد العددين عدد ثالث كالسبعة مع العشرة (فالعدد) يضرب كله (فى) جميع (العدد) الثانى (ثم) ما بلغ فى جميع الثالث (ثم) ما بلغ فى جميع الرابع (ثم المبلغ فى الفريضة) كامرأتين وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام اصلها من اربعة وعشرين للمرأتين ثلاثة ولم يستقم عليهما ولا موافقة بينهما فأخذنا عدد رؤسهما اثنين وللبنات الثلثان ستة عشر ولم يستقم عليهن وبين العددين موافقة بالنصف فأخذنا نصف عدد رؤسهن خمسة وللجدات السدس اربعة ولم يستقم عليهن وبين العددين موافقة بالنصف فأخذنا نصف عدد رؤسهن ثلاثة وللاعمام الباقى سهم ولم يستقم عليهم ولا موافقة بين الواحد والسبعة فأخذنا عدد رؤسهم سبعة فحصل معنا اثنان ثلاثة خمسة سبعة وبين هذه الاعداد مباينة فاضرب الاثنين فى الثلاثة ثم المبلغ فى الخمسة ثم فى السبعة ثم المبلغ وهو مائتان وعشرة فى اصل المسألة وذلك اربعة وعشرين يبلغ خمسة آلاف واربعين ومنها تصح المسألة (و) يضرب فى (عولها) ان كانت عائلة كزوج وتسع جدات وخمس اخوات فان اصلها من ستة تعول الى ثمانية وتصح من ثلثمائة وستين للزوج مائة وخمسة وثلاثون ولكل جدة خمسة ولكل واحد من الاخوات ستة وثلاثون (ثم طريق) معرفة الموافقة والمباينة بين المقدارين المختلفين ان تنقص الاكثر بمقدار الاقل من الجانبين مرارا حتى اتفقا فى درجة فان اتفقا فى واحد فلا وفق وان اتفقا فى عدد فهما متوافقان ففى الاثنين بالنصف وفى الثلاثة بالثلث

واربعين فتصح منها المسألة اذ كان للجدات من اصل المسألة اثنان وقد ضربناه ما فى المضروب الذى هو اثنا عشر فصار أربعة وعشرين فلكل واحدة منهن ثمانية وللزوجات من اصلها ثلاثة ضربناها فى المضروب المذكور صار ستة وثلاثين فلكل منهن تسعة وللاعمام سبعة ضربناها فى اثنى عشر أيضا فحصل اربعة وثمانون فلكل واحد منهم سبعة جرجانى (قوله فبلغ اربعة آلاف الخ) اذ كان للزوجات من اصل المسألة ثلاثة ضربناها فى المضروب وهو مائة وثمانون فحصل خمسمائة واربعون فلكل من الزوجات الاربع مائة وخمسة وثلاثون وكان للبنات الثمانى عشرة ستة عشر وقد ضربناها فى ذلك المضروب فصار ألفين وثمانمائة وثمانين فلكل واحدة منهن مائة وستون وكان للجدات الخمسة عشر اربعة وضربناها فى المضروب المذكور فصار سبعمائة وعشرين فلكل منهن ثمانية واربعون وكان للاعمام الستة واحد ضربناه فى المضروب فكان مائة وثمانين فلكل واحد منهم ثلاثون واذا جمعت انصباء الورثة بلغ اربعة آلاف وثلثمائة وعشرين جرجانى (قوله فبلغ خمسة آلاف) ومنها تصح المسألة على جميع الطوائف اذ كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة فضربناها فى المضروب الذى هو مائتان وعشرة فحصل ستمائة وثلاثون فلكل واحدة منهما ثلثمائة وخمسة عشر وكان للجدات الست اربعة وقد ضربناها فى ذلك المضروب المذكور فصار ثمانمائة واربعين فلكل واحدة منهن مائة واربعون وكان للبنات العشر ستة عشر ضربناها فى المضروب المذكور فبلغ ثلاثة آلاف وثلثمائة وستين فلكل واحدة منهن ثلثمائة وستة وثلاثون وكان للاعمام السبعة واحد وضربناه فى ذلك المضروب فكان مائتين وعشرة فلكل منهم ثلاثون ومجموع هذه الانصباء خمسة آلاف واربعون جرجانى (قوله وخمس اخوات) اشقاء أو لاب (قوله اصلها من ستة) لاجتماع النصف والسدس والثلثين (قوله وتعول الى ثمانية) للزوج ثلاثة وللجدات واحد لا ينقسم عليهن ويباين فاخذنا عدد رؤسهن وهو تسعة وللاخوات أربعة لا تنقسم عليهن وتباين فحفظنا عدد رؤسهن وهو خمسة ثم وجدنا بين الرؤس والرؤس مباينة فضربنا الخمسة فى التسعة بلغ خمسة وأربعين ضربنا الحاصل فى اصل المسألة مع عولها وهو ثمانية بلغ ثلثمائة وستين للجدات واحد من أصل المسألة يضرب فى المضروب وهو خمسة واربعون بخمسة واربعين لكل واحدة خمسة وللاخوات اربعة تضرب فى المضروب يبلغ مائة وثمانين لكل واحدة ستة وثلاثون وللزوج ثلاثة تضرب فى المضروب بمائة وخمسة وثلاثين (قوله بين المقدارين الخ) عدل عن العدد الى المقدار ليشمل ما اذا كان فى احد الجانبين واحد وفى الجانب الآخر عدد ومن هنا يفهم انه اختار عدم كون الواحد عددا كازرونى (قوله ان ينقص الخ) مثلا اذا القيت من العشرة سبعة بقى ثلاثة واذا القيت ثلاثة من السبعة مرتين بقى واحد واذا القيت واحدا من الثلاثة مرتين بقى أيضا واحد فقد انفقت العشرة والسبعة بالقاء الاقل من الجانبين مرارا فى الواحد فانه الباقى لكل منهما فى بعض درجات الالقاء فهما متباينان واذا القيت من الثمانية عشر ثمانية مرتين بقى منها اثنان واذا القى اثنان من الثمانية ثلاث مرات بقى منها أيضا اثنان فهما عددان متوافقان بالنصف جرجانى (قوله فان اتفقا فى واحد فلا وفق لانه علم ان العاد لهما واحد وهو ليس بعدد حتى يكون مخرجا لجزء ومن ضرورة عدم كونه مخرجا عدم جزء يتفقان فيه لان الجزء لا يتصور بدون المخرج كما اذا طلبت الوفق بين الثمانية والثلاثة عشر فنقصت مثل الثمانية من الثلاثة عشر بقى خمسة ثم نقصت مثل الخمسة من الثمانية بقى ثلاثة ثم نقصت مثل الثلاثة من الخمسة بقى اثنان ثم نقصت مثل الاثنين من الثلاثة بقى واحد فلم يتفقا الا فى واحد فعلم انه لا موافقة بينهما كازرونى (قوله وان اتفقا فى عدد الخ) فهما متوافقان أى بالجزء الذى مخرجه ذلك العدد جرجانى (قوله ففى الاثنين بالنصف) كما فى الاربعة والعشرة بعدهما اثنان يعنى ان اتفقا فى الاثنين فهما متوافقان بالنصف فالفاء تفسيرية والاثنين بدل من عدد وبالنصف متعلق بمتوافقان (قوله وفى الثلاثة بالثلث) كما فى التسعة والاثنى عشر بعدهما

ثلاثة كازرونى (قوله هكذا الى العشرة) أى يكون التوافق فى الاعداد التى هى العشرة ومادونها بواحد من الكسور التسعة المشهورة وهى النصف الى العشرة وتسمى هى مع ماتركب منها بالاضافة أو التكرير بالكسور المنطقة جرجانى لانه يمكن النطق عن كل واحد منها باسم خاص وتسمى امهات الكسور أيضا كازرونى ففى الاربعة يتوافقان بالربع كثمانية مع اثنى عشر يعدهما أربعة وفى الخمسة بالخمس كعشرة مع خمسة عشر وفى الستة بالسدس كاثنى عشر مع ثمانية عشر وفى السبعة بالسبع كاربعة عشر مع احدى وعشرين وفى الثمانية بالثمن كستة عشر مع أربعة وعشرين وفى التسعة بالتسع كثمانية عشر مع سبعة وعشرين وفى العشرة بالعشر كعشرين مع ثلاثين (قوله يتوافقان بجزء) أى بكسر من الكسور الصم التى لا يمكن التعبير عنها الا بالاضافة الى مخارجها جرجانى (قوله بجزء من أحد عشر كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين فان العدد الذى يعدهما احد عشر فقط وهو مخرج جزء من احد عشر وفى ثلاثة عشر يتوافقان بجزء من ثلاثة عشر كستة وعشرين وتسعة وثلاثين فان العاد لهما ثلاثة عشر وفى أربعة عشر يتوافقان فى جزء من أربعة عشر كثمانية وعشرين مع اثنين واربعين (قوله بجزء من خمسة عشر) كثلاثين مع خمسة وأربعين فان خمسة عشر تعدهما معا فهما يتوافقان بجزء منها ويمكن أن يعبر عن هذا الاخير بأنهما يتوافقان بثلث الخمس الذى مخرجه خمسة عشر كما يعبر فيما يعدهما اثنا عشر كاربعة وعشرين وستة وثلاثين بأنهما يتوافقان بنصف السدس الذى مخرجه اثنا عشر وفيما يعدهما أربعة عشر كثمانية وعشرين واثنين وأربعين بأنهما يتوافقان بنصف السبع وبالجملة يمكن فيما وراء العشرة بأسرها أن يعبر فى التوافق بالاجزاء المضافة الى المخرج كجزء من احد عشر وجزء من اثنى عشر وجزء من ثلاثة عشر و يمكن فى بعضها أن يعبر بالكسور المنطقة المركبة وللتنبيه على ذلك خلط المنطق بالاصم حيث ذكر احد عشر وخمسة عشر معا جرجانى واعلم ان العدد نوعان منطق الكسر واصم الكسر فمنطق الكسر هو الحاصل من ضرب احد عددين صحيحين فى الآخر كاثنى عشر فانه حاصل من ضرب مخرج النصف فى مخرج السدس أو من مخرج الثلث فى مخرج الربع فيمكن أن ينطق بكسوره واصم الكسر ما لا يكون كذلك كاحد عشر فانه ليس بحاصل من ضرب احد عددين صحيحين فى الآخر فكسره يسمى اصم مجازا لانه لا يسمع النطق بكسره فالكسر الاصم ما لا يمكن التعبير عنه الا بالاضافة الى مخرجه كجزء من احد عشر جزءا والمنطق هو الذى يمكن التعبير عنه بغير ذلك كالكسور التسعة (قوله ولا مستحق له) أى من العصبة فليس المراد نفى المستحق مطلقا (قوله يرد على ذوى الفروض) اعلم ان الرد ضد العول اذ بالعول تنتقص سهام ذوى الفروض وتزداد أصل المسئلة وبالرد تزداد السهام وينتقص أصل المسئلة وبعبارة اخرى فى العول تفضل السهام على المخرج وفى الرد يفضل المخرج على السهام جرجانى قال الكازرونى ولا يخفى ان مآل العبارة الثانية الى الاولى لان فضل السهام وازديادها على المخرج يستلزم انتقاص ذوى الفروض وكذا فضل المخرج وازدياده على السهام يستلزم انتقاص أصل المسئلة (قوله ولا يرد عليهم) لان الله تعالى قدر نصيب أصحاب الفرائض بالنص الظاهر فلا يجوز أن يزاد عليه لانه تعد عن حد الشرع ولنا قوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله أى بعضهم أولى بميراث بعض بسبب الرحم وآية المواريث أوجبت استحقاق جزء معلوم من المال لكل واحد منهم فوجب العمل بالآيتين بأن يجعل لكل واحد فرضه بتلك الآية ثم يجعل ما بقى مستحقا لهم للرحم بهذه الآية ولهذا لا يرد على الزوجين لانعدام الرحم فى حقهما جرجانى فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغى ان يكون ذلك لجميع ذوى الارحام لاستوائهم فى هذا الاسم الا ان اصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوى الارحام لقوة قرابتهم زيلعى (قوله وبه قال مالك والشافعى) لكن المحققين من أصحاب الشافعى قالوا اذا اندرس بيت المال يرد الفاضل على ذوى الفرائض بنسبة فرائضهم جرجانى (قوله وفى القنية الخ) عبارة

هكذا الى العشرة وفيما وراء العشرة
يتوافقان بجزء من ذلك العدد أى فى
احد عشر بجزء من احد عشر وفى
خمسة عشر بجزء من خمسة عشر فاعتبر
هذا (وما فضل) عن فرض ذوى
الفروض ولا مستحق له (يرد على
ذوى الفروض بقدر فروضهم الا على
الزوجين) عندنا وهو قول عامة الصحابة
رضى الله عنهم وقال زيد الفاضل
لبيت المال ولا يرد عليهم وبه قال
مالك والشافعى وفى القنية بنات
المعتق وذوو ارحامه يرثون فى زماننا
اذا لم يكن للمعتق وارث وكذا يرد على
الزوج والزوجة فى زماننا (وان كان
من يرد عليه جنسا واحدا) مسائل
الرد أربعة اقسام احدها ان يكون
جنس واحد ممن يرد عليه عند عدم
من لا يرد (فالمسئلة من رؤسهم
كبنتين او اختين او جدتين) فاصل
المسئلة من اثنين (والا) اى وان لم
يكن الورثة جنسا واحدا

بل جنسين أو أكثر (فمن سهامهم) أى تؤخذ المسئلة من سهامهم (فمن اثنين) بدل من قوله فمن سهامهم (لو) اجتمع (سدسان) كجدة وأخت لام أصل المسئلة من ستة وتصح من اثنين للجدة سهم وللاخت سهم (ومن ثلثه لو) اجتمع (ثلث وسدس) كجدة وأختين لام اصلها من ستة وتصح من ثلاثة للجدة سهم وللاختين سهمان (ومن أربعة لو) اجتمع (نصف وسدس) كبنت وبنت ابن (و) من (خمسة لو) اجتمع ثلثان وسدس) كبنتين وام (اوخمسة أونصف وسدسان) كاخت لاب وام واخت لام وجدة (اونصف وثلث) كاخت لاب وام وام وهذا نوع الثانى من اربعه (ولما فرغ منهما شرع فى الثالث فقال (ولو) كان (مع) النوع (الاول من لايرد عليه اعط فرضه) من لايرد عليه (من اقل مخارجه ثم اقسم الباقى) من مخرج فرض من لايرد عليه (على) رؤس (من يرد عليه) فان استقام فلاحاجه الى الضرب (كزوج وثلاث بنات) فاقل مخرج فرض من لايرد اربعة فاعط للزوج ربعها سهما بقى ثلاثة يستقيم على عدد رؤس البنات فتصح المسئلة من اربعة (وان لم يستقم فان وافق رؤسهم) الباقى (كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم فى مخرج فرض من لايرد عليه) فالمبلغ تصحيح المسئلة فأقل فرض من لايرد عليه اربعة اعط الزوج ربعها سهما بقى ثلاثة ولم يستقم على عدد رؤس البنات ولكن بينهما موافقة بالثلث فاضرب وفق عدد رؤسهم وهو اثنان فى مخرج فرض من لايرد عليه وهو اربعة فيبلغ ثمانية فيها تصح المسئلة كان للزوج من مخرج فرضه سهم فاضرب فى المضروب اثنين فصار اثنين فهوله والباقى ثلاثة اضربها فى المضروب فصار ستة فهو نصيب البنات لكل بنت سهم (والا) اى وان لم يوجد بين الباقى من مخرج فرض من لايرد عليه وبين رؤس من يرد عليه موافقة (فاضرب كل) عدد (رؤسهم فى مخرج فرض من لايرد عليه) فالمبلغ تصحيح المسئلة (كزوج وخمس بنات) اعط فرض من لايرد عليه من اقل مخرجه وهو اربعة ربعها سهم ولم يستقم عليهن ولا موافقة بينهما فاضرب كل عدد رؤسهما خمسة فى مخرجه عدد فرض من لايبقى عليه يبلغ عشرين فمنه تصح المسئلة كان للزوج سهم فاضرب فى المضروب يبلغ خمسة فهى له والباقى ثلاثة اضربه فى المضروب تبلغ خمسة عشر فاقض عليهن لكل بنت ثلاث ولو من النوع الثانى وهو النوع الرابع اعط فرض من لايرد عليه (واقسم مابقى من مخرج فرض من لايرد عليه على مسألة من يرد عليه) فان استقام فيها (كزوجة واربع جدات وست اخوات لام) فمخرج فرض من لايرد عليه اربع اعط للزوجة ربعها سهما بقى ثلاثة ومسئلة من يرد عليه من ثلاثة لان للجدة السدس وللاخوات لام الثلث اصل المسلة من ست سدسها واحد وثلثها اثنان فيكون الكل ثلاثة فعلم ان مسئلة من يرد عليه من الثلاثة فالثلاثة الباقية من مخرج فرض من لايرد عليه مستقيم على هذه الثلاثة فسهم للجدات وسهمان للاخوات لام فان اردت تصحيح المسئلة فاعمل فيه ما بينا فى تصحيح المسائل بلا زيادة ولا نقصان (وان لم يستقم الباقى) من مخرج فرض من لايرد عليه على مسئلة من يرد عليه (فاضرب سهام) جميع (من يرد عليه فى مخرج فرض من لايرد عليه) فالمبلغ

الكازرونى قال فى القنية ويفتى بالرد على الزوجين فى زماننا لفساد بيت المال. وفى الزيلعى عن النهاية مافضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه وكذا البنت والابن من الرضاع يصرف اليهما وقال فى المستصفى والفتوى اليوم بالرد على الزوجين وهو قول المتأخرين من علمائنا وقال الحدادى الفتوى اليوم بالرد على الزوجين وقال المحقق أحمد بن يحيى بن سعد التفتازانى أفتى كثير من المشايخ بالرد عليهما اذا لم يكن من الاقارب سواهما لفساد الامام وظلم الحكام فى هذه الايام بل يفتى بتوريث بنات المعتق وذوى أرحامه وكذا قال الهروى أفتى كثير من المشايخ بتوريث بنات المعتق وذوى ارحامه انتهى (قوله بل جنسين أو اكثر) لو قال بل جنسين أو ثلاثة لكان أولى اذ لا يكون اكثر من ثلاثة لان الاستقراء دل على ان الاجتماع الواقع بين من يرد عليه انما يكون من جنسين أو ثلاثة فقط جرجانى (قوله فان استقام فيها) كون الباقى فى القسم الرابع مستقيما على مسئلة من يرد عليه انما هو فى صورة واحدة وهى ما اذا كان للزوجات الربع كما فى السراجية وذلك لان الباقى من مخرج فرض من لايرد عليه اما واحد بان يكون مخرج فرضه اثنين كما اذا أعطى الزوج النصف مع عدم الولد ولا شبهة فى ان الواحد انما يستقيم على مسئلة من يرد عليه اذا كان مستحق الرد شخصا واحدا فتكون المسئلة من القسم الثالث واما ثلاثة بأن يكون مخرج ذلك الفرض أربعة كما اذا اعطى الزوج الربع مع وجود البنات او الزوجة مع عدمها فان كان صاحب الربع الزوج فان كانت البنات منفردات فالمسئلة من القسم الثالث أيضا وان كن مع ذى فرض آخر فحينئذ تكون مسئلة من يرد عليه ارباعا او اخماسا ولا استقامة للثلاثة على شئ من الاربعة والخمسة وان كان صاحب الربع الزوجة تتصور ههنا الاستقامة واما سبعة كما اذا كان المخرج ثمانية فتعطى المرأة ثمنها ويبقى سبعة ولا استقامة ههنا ايضا لان مسئلة من يرد عليه لا تتجاوز خمسة كما مر والاستقامة للسبعة على عدد اقل منها فليس يمكن ان يستقيم الباقى من مخرج فرض من لايرد عليه على مسئلة من يرد عليه فى هذا القسم الا فى صورة واحدة وهى ان يكون للزوجات الربع كما سبق (قوله اعط للزوجة ربعها) تعبير الشارح بالزوجة مفردا مطابق لما ذكره المصنف ولهذا لما ذكر العينى الزوجات بصيغة الجمع تعقبه بعضهم بأن الصواب الافراد واقول انما ذكره العينى بصيغة الجمع ليكون مع تعبير المصنف بالمفرد اشارة الى ما صرحوا به فى شروح السراجية من ان المراد هذا الجنس واحدا كان او اكثر (قوله فاعمل الخ) بأن تنظر بين السهام والرؤس ثم بين الرؤس والرؤس للجدات الاربع سهم لا ينقسم عليهن ويباين نخذ كل عدد رؤسهن وللاخوات الست سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرددنا عدد رؤس الاخوات وهو ثلاثة ثم طلبنا التوافق بين اعداد الرؤس والرؤس فلم نجدها فضربنا وفق رؤس

الاخوات وهو ثلاثة فى كل عدد رؤس الجدات وهو اربعة فحصل اثناعشر ثم ضربناها فى الاربعة التى هى مخرج فرض من لا يرد عليه فصار ثمانية واربعين فمنها تصح المسئلة كان للزوجة واحد ضربناه فى المضروب الذى هو اثناعشر فلم يتغير فاعطيناها الزوجة وكان للجدات أيضا واحد ضربناه فى ذلك المضروب فكان اثنى عشر فلكل واحدة منهن ثلاثة وكان للاخوات لام اثنان فضربناهما فيه بلغ أربعة وعشرين فلكل واحدة منهن أربعة جرجانى (قوله مخرج فرض الفريقين) أى فريق من يرد عليه ومن لا يرد عليه) وان لم يكن تصحيح المسئلة بالنسبة الى أحدهما جرجانى (قوله ثم اضرب سهام من لا يرد عليه) فى مسئلة من يرد عليه فيكون الحاصل نصيب من لا يرد عليه من المبلغ المذكور لان ضربنا مسئلة من يرد عليه فى أقل مخارج فرض من لا يرد عليه فيكون الحاصل من ضرب سهامه من هذا الاقل فى المضروب الذى هو تلك المسئلة حصته من المبلغ الذى حصل من ضرب هذا المضروب فى المخرج الاقل جرجانى (قوله وسهام من يرد عليه فيما بقى الخ) لان حق كل فريق ممن يرد عليه انما هو فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه بقدر سهامهم جرجانى (قوله وان انكسر على البعض) أو الجميع فصحح المسئلة بالاصول السبعة المذكورة فى باب التصحيح ففى الصورة التى نحن فيها كان من الاربعين نصيب الزوجات الاربع خمسة فبين رؤسهن وسهامهن مباينة فأخذنا مجموع عدد رؤسهن وكان سهام البنات التسع منها ثمانية وعشرين فبين الرؤس والسهام مباينة فتركنا عدد الرؤس بحاله وكان سهام الجدات الست منها سبعة وبينهما أيضا مباينة فأخذنا عدد رؤسهن بأسره ثم طلبنا بين اعداد الرؤس والرؤس الموافقة فوجدنا بين رؤس الجدات ورؤس الزوجات موافقة بالنصف فضربنا نصف الاربعة فى الستة فبلغ اثنى عشر وهى موافقة لرؤس البنات التسع بالثلث فضربنا ثلث التسعة فى اثنى عشر فحصل ستة وثلاثون فضربنا هذا الحاصل فى الاربعين فبلغ ألفا وأربعمائة واربعين فمنها تصح المسئلة على آحاد الفريقين كان نصيب الزوجات من الاربعين خمسة وقد ضربناها فى المضروب الذى هو ستة وثلاثون فبلغ مائة وثمانين فلكل واحدة من الزوجات خمسة وأربعون وكان نصيب البنات منها ثمانية وعشرين وقد ضربناها فى ذلك المضروب فصار ألفا وثمانية فلكل واحدة منهن مائة واثناعشر وكان نصيب الجدات منها سبعة وقد ضربناها فى المضروب المذكور فصار مائتين واثنين وخمسين فلكل واحدة منهن اثنان واربعون فان قلت قد اعتبر فى القسم الثالث المماثلة والموافقة والمباينة بين الباقى من اقل فرض من لا يرد عليه وبين عدد رؤس من يرد عليه فلم اقتصر فى القسم الرابع على المماثلة والمباينة بين ذلك الباقى وبين مسئلة من يرد عليه قلت لان الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه اما واحد أو ثلاثة أو سبعة كما سبق تقريره من ان المخرج اما اثنان واما أربعة وأما ثمانية ومسئلة من يرد عليه أما اثنان أو ثلاثة أو أربعة او خمسة كما سلف تصويره ولا موافقة اصلا بين هذه الاعداد وبين تلك بخلاف القسم الثالث اذ يمكن فيه أن يكون عدد رؤس من يرد عليه عددا موافقا للباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه كما فى المثال الذى سبق ذكره جرجانى (قوله شرع فى مسائل المناسخة) اعلم ان اعمال المناسخات من اربع أبواب الفرائض قدرا واشهرها بين الانام ذكرا وأعظمها مسلكا وادقها سرا وهى من النسخ بمعنى النقل ومنه نسخت الكتاب اى نقلته من نسخة الى نسخة او من الازالة والتبديل كما فى نسخت الرياح رسوم الدار أى غيرتها وهذا تعريف المناسخة لغة واصطلاحا هو ان يموت قبل قسمة التركة بعض من يرث منها أو بعض ورثة الثانى أو الثالث أو ما بعد ذلك وأما من له استحقاق فى التركة بغير الارث كموصى له أو صاحب دين فليس من المناسخة قال فى شرح الترتيب انما لقب هذا الباب بالمناسخة لان الثانى لما مات قبل القسمة كان موته ناسخا لما صحت منه مسئلة الميت الاولى وقيل لان المسئلة انتسخت بالثانية كازرونى (قوله ثم صحح مسئلة الميت الثانى) هذا اذا كانت ورثته غير ورثة الاول والا فان لم يتغير طريق القسمة

مخرج فروض الفريقين (كاربع زوجات وتسع بنات وست جدات ثم اضرب سهام من لا يرد عليه فى مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه) فما حصل فهو نصيب كل واحد من الفريقين اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارجه وهو ثمانية ثمنها واحد بقى سبعة ومسئلة من يرد عليه من خمسة لان الفرضين ثلثان وسدس فيكون الكل خمسة والباقى من مخرج فرض الزوجات وهو سبعة لا يستقيم على الخمسه ولا موافقة بينهما فاضرب الخمسة فى الثمانية مخرج فرض الزوجات يبلغ اربعين فهو مخرج فرض الفريقين ثم اضرب سهم مالا يرد عليه فى مسئلة من يرد عليه وهى خمسة لان المضروب مسئلة من يرد عليه يبلغ خمسة وهى نصيب الزوجات من الاربعين وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه فللبنات من مسئلة فرض من يرد عليه اربعة فاضربها فى الباقى من مخرج فرض من لا يرد عليه فيبلغ ثمانية وعشرين فهى لهن وللجدات سهم فاضرب فى السبعة يبلغ سبعة فهى لهن (وان انكسر) على البعض (فصحح) المسئلة بالاصول المذكورة (كما مر) ولما فرغ من مسائل الرد شرع فى مسائل المناسخة فقال (وان مات البعض) من الورثة (قبل القسمة فصحح مسئلة الميت الاول) على ورثته واعط سهام كل وارث من التصحيح (ثم صحح مسئلة) الميت (الثانى) على ورثته (وانظر بين ما فى يده) أى يد الميت الثانى (من التصحيح الاول وبين التصحيح الثانى

ثلاثة احوال فان استقام مافى يده من التصحيح الاول على التصحيح الثانى فلاضرب) أى حاجة (وصحتا) أى المسئلتان (من تصحيح) الميت (الاول وان لم يستقم) مافى يد الميت الثانى على التصحيح الثانى فانظر (فان كان بينهما) أى بين مافى يده و بين التصحيح الثانى (موافقة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان

بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) متعلق بالجميع وان مات ثالث اورابع فاجعل المبلغ مقام التصحيح الاول واجعل تصحيح الميت الثالث مقام تصحيح الميت الثانى فى العمل ثم فى الرابع والخامس كذلك الى غير نهاية ولما فرغ من تعريف التصحيح شرع فى تعريف نصيب كل واحد من المسئلتين (فاضرب سهام ورثة الميت الاول فى التصحيح الثانى) اذا كان بين مافى يد الميت الثانى وبين التصحيح الثانى مباينة (او فى وفقه) ان كان بينهما موافقة (و) اضرب (سهام ورثة الميت الثانى فى نصب الميت الثانى) اذا كان بين مافى يد الميت الثانى وبين تصحيح الثانى مباينة (أوفى وفقه) عند الموافقة (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما) كان (لكل) فريق (من أصل المسئلة فيما ضربته فى أصل المسئلة) أى الذى يسميه المضروب فما حصل فهو نصيب كل فريق كما فى المسئلة المباينة المذكورة فيما تقدم كان للمرأتين من اصل المسئلة ثلاثة اسهم فاضربها فى المضروب وهى مائتان وعشرة فيبلغ ستمائة وثلثين فهى لهما وكان للبنات ستة عشر فاضربها فى المضروب وذلك مائتان وعشرة فيبلغ ثلاثة آلاف وثلثمائة وستين فهى للبنات وكان للجدات اربعة فاضربها فى المضروب وذلك مائتان وعشرة فيبلغ ثمان مائة واربعين فهى للجدات وكان للاعمام سهم فاضربه فى المضروب وذلك مائتان وعشرة يكون مائتين وعشرة فهى لهم (ولما فرغ) من تعريف نصيب كل فريق من التصحيح شرع فى تعريف نصيب كل فرد من آحاد الفريق من التصحيح فقال (ويعرف حظ كل فرد بنسبته سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا

لاحاجة الى قسمة جديدة اذلا فائدة فى تكرارها جرجانى كما اذا ترك ابنين وبنات من امرأة واحدة ثم ماتت احدى البنات ولاوارث لها سوى الاخوة والاخوات لاب وأم فانه يقسم مجموع التركة بين الباقين للذكر مثل حظ الانثيين قسمة واحدة كما كانت تقسم بين الجميع كذلك فكأن الميت الثانى لم يكن فى البين أصلا وان تغير طر بق القسمة بين الباقين تحتاج الى قسمة جديدة كما اذا ترك ابنا من امرأة وثلاث بنات من امرأة أخرى ثم ماتت احدى البنات قبل القسمة عن الاخ لاب والاختين لابوين فان الثلثين لهما بالفرض والباقى له بالتعصيب (قوله بثلاثة احوال) المماثلة والموافقة والمباينة والاصل كما فى شرح السراجية ان التصحيح الاول هنا بمنزلة أصل المسئلة ومافى يد الميت الثانى بمنزلة السهام والتصحيح الثانى بمنزلة الرؤس (قوله فان استقام الخ) صورته رجل مات وترك بنتا وأما وأختا لاب ثم ماتت الاخت قبل القسمة وتركت أما وزوجا فمسئلة الميت الاول من ستة للبنت النصف ثلاثة وللام السدس سهم والباقى سهمان للاخت لان البنت عصبتها ومسئلة الميت الثانى من اثنين للزوج النصف سهم والباقى وهو سهم للام فرضا وردا فاستقام مافى يد الاخت على مسئلتها من غير ضرب وصحتا من ستة حموى (قوله فان كان بينهما موافقة الخ) صورته رجل مات وترك زوجة واختا لاب وخمسة أعمام اصل المسئلة من اربعة للزوجة الربع سهم وللاخت سهمان وللاعمام الباقى وهو سهم وهو لا يستقيم عليهم فاضرب رؤسهم فى اصل المسئلة تبلغ عشرين للزوجة خمسة وللاخت عشرة وللاعمام خمسة ثم ماتت الاخت وتركت زوجا واما وبنتا وعما ومسئلتها من اثنى عشر للزوج الربع ثلاثة وللام السدس سهمان وللبنت النصف ستة وللعم الباقى سهم ومافى يد الاخت من التصحيح الاول وهو عشرة لا يستقيم على مسئلتها و بينهما توافق بالنصف فاضرب وفق التصحيح الثانى وهو ستة فى كل التصحيح الاول يبلغ مائة وعشرين كان لزوجة الميت الاول خمسة تضرب فى وفق التصحيح الثانى تبلغ ثلاثين ولاعمام الميت من التصحيح الاول خمسة تضرب فى وفق التصحيح الثانى تبلغ ثلاثين لكل ستة وكان لزوج الميت الثانى ثلاثة تضرب فى وفق نصيبه وذلك خمسة تبلغ خمسة عشر ولبنت الميت الثانى ستة تضرب فى وفق نصيبه وذلك خمسة تبلغ ثلاثين و لام الميت الثانى سهمان يضربان فى وفق نصيبه وذلك خمسة يبلغ عشرة ولعم الميت الثانى سهم يضرب فى وفق نصيبه وذلك خمسة يبلغ خمسة حموى (قوله وان كان بينهما مباينة الخ) صورته رجل مات و ترك زوجة وأختا لاب وثلاثة أعمام أصل المسئلة من اربعة للزوجة سهم وللاخت لاب النصف سهمان والباقى وهو سهم للاعمام وهو لا يستقيم عليهم فاضرب كل رؤسهم فى أصل المسئلة تبلغ اثنى عشر للزوجة ثلاثة وللاخت ستة وللاعمام ثلاثة ثم ماتت الزوجة وتركت خمسة اخوة ومسئلتها من خمسة ومافى يدها من التصحيح الاول وهو ثلاثة لا يستقيم على مسئلتها و يباين فيضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول يبلغ ستين كان للاخت لاب من الميت الاول ستة تضرب فى التصحيح الثانى وذلك خمسة يبلغ ثلاثين وكان للاعمام من الميت الاول ثلاثة تضرب فى التصحيح الثانى و ذلك خمسة تبلغ خمسة عشر وكان للاخوة من الميت الثانى خمسة تضرب فيما فى يده وذلك ثلاثة تبلغ خمسة عشر لكل ثلاثة حموى قوله فى تصحيح الثانى أووفقه لان التصحيح الثانى ووفقه هنا بمنزلة المضروب فى أصل المسئلة كازرونى (قوله فى نصيب الميت الثانى) او فى وفقه لان حق ورثة الميت الثانى انما هو فيما بقى فى يده فصارت سهام كل منهم مضروبة فيه جرجانى (قوله الى عدد رؤسهم) جمع الضمير العائد على الفريق نظرا الى مدلوله وان كان لفظه مفردا شيخنا (قوله مفردا) اى عن اعداد رؤس غيرهم جرجانى

ثم يعطى بمثل إثلاث النسبة من المضروب لكل فرد) من آحاد الفريق كما فى هذه المسئلة فانسب سهام المرأتين وهى ثلاثة اليهما فكانت النسبة مثلا ونصفا فأعط لكل واحدة منهما مثل المضروب ومثل نصفه وذلك ثلثمائة وخمسة عشر ثم انسب سهام البنات وهى ستة عشر الى عدد رؤسهن وذلك عشرة فيكون مثلها ومثل ثلاثة اخماسها فأعط لكل بنت مثل المضروب ومثل ثلاثة أخماسه وذلك ثلثمائة وستة وثلاثون ثم انسب سهام الجدات وهى أربعة الى عدد رؤسهن وذلك ستة فيكون مثل ثلثيها فأعط لكل جدة مثل ثلثى المضروب وذلك مائة وأربعون ثم انسب سهام الاعمام الى عدد رؤسهن وذلك سبعة فيكون مثل سبعها فأعط لكل عم سبع المضروب وذلك ثلاثون ولما فرغ من تعريف التصحيح وتعريف نصيب كل فريق وتعريف نصيب كل فرد من التصحيح شرع فى قسمة التركة بين الورثة والغرماء فقال (وان أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) أى صحح المسئلة ثم اطلب الوفق بين التصحيح وبين التركة فان كان بينهما مباينة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح فالحاصل فهو نصيب كل واحد من الورثة من التركة كزوج وأبوين وابن وبنتين والتركة سبعة عشر دينارا فصحح المسئلة من اثنى عشر للزوج الربع ثلاثة يستقيم عليه وللابوين السدسان أربعة يستقيم عليهما وللاولاد الباقى خمسة لا يستقيم على عدد رؤسهم وذلك أربعة تقديرا ولا موافقة بينهما فاضرب الاربعة فى أصل المسئلة يبلغ ثمانية وأربعين فيصير للزوج اثنا عشر ولكل واحد من الابوين ثمانية وللابن عشرة ولكل بنت خمسة ثم اطلب الوفق بين ثمانية وأربعين وبين التركة وهى سبعة عشر ولا موافقة بينهما فاضرب سهام الزوج وهى اثنا عشر فى التركة سبعة عشر واقسم الحاصل وهى مائتان واربع على التصحيح وذلك ثمانية واربعون يخرج اربعة دنانير وربع دينار فهى للزوج من التركة ثم اضرب سهام الاب من التصحيح وذلك ثمانية فى سبعة عشر واقسم الحاصل وهو مائة وستة وثلاثون على ثمانية وأربعين يخرج ديناران وخمسة اسداس دينار وهى للاب من التركة وكذا للام ثم اضرب سهام ابن وهى عشرة فى سبعة عشر واقسم الحاصل وهو مائة وسبعون على ثمانية واربعين يخرج ثلاثة دنانير ونصف دينار وطسوج وهى للابن من التركة ثم اضرب سهام كل بنت وهى خمسة فى سبعة عشر واقسم الحاصل وهو خمسة وثمانون على ثمانية واربعين يخرج دينار وثلاثة ارباع دينار وحبة وهو لكل بنت من التركة

جرجانى (قوله ثم يعطى بمثل ثلث النسبة) هذا اوضح طرق القسمة لعدم الحاجة فيه الى القسمة والضرب كازرونى وهناك وجهان آخران احدهما ان يقسم ما كان لكل فريق من اصل المسئلة على عدد رؤسهم ثم ضرب الخارج من هذه القسمة فى المضروب الذى ضربته فى أصل المسئلة لاجل التصحيح فالحاصل من ضرب الخارج فى المضروب نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق والثانى ان يقسم المضروب أى العدد الذى ضربته فى اصل المسئلة للتصحيح على أى فريق شئت من فرق الورثة ثم اضرب الخارج من هذه القسمة فى نصيب الفريق الذى قسمت عليهم المضروب فالحاصل من هذا الضرب نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق (قوله شرع فى قسمة التركة) القسمة بكسر القاف هى الاسم من مصدر تقاسموا المال واقتسموه لانه الاصل فى الاشتقاق وهى مؤنثة وانما اعاد عليها الضمير مذكرا فى قوله تعالى واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ولم يقل منها لانها فى معنى الميراث والمال نقل ذلك عن الجوهرى وعبر بالتركة بفتح التاء وكسر الراء ويجوز سكونها مع فتح التاء وكسرها بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب دون التركات لان الاصل الافراد فمن افرد نظرا الى انها اسم جنس ومن جمع مع انها اسم جنس نظرا الى اختلاف أنواعها والقسمة اصطلاحا طلب مقدار نسبته الى المقسوم كنسبة الواحد الى المقسوم عليه شيخنا عن قسمة التركات للمناوى (قوله بين الورثة والغرماء) معناه فى قسمتها بين الورثة وفى قسمتها بين الغرماء لا ان تقسم التركة بين الورثة والغرماء بحسب الجمع لتقدم الغرماء على قسمة المواريث (قوله فاضرب سهام كل وارث الخ) هذا لمعرفة نصيب كل فرد من الورثة اما لمعرفة نصيب كل فريق منهم فاضرب ما لكل فريق من اصل المسئلة فى وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق تصحيح المسئلة ان كان بين التركة وتصحيح المسئلة موافقة وان كان بينهما مباينة فاضرب ما لكل فريق فى كل التركة ثم اقسم الحاصل على جميع تصحيح المسئلة فالخارج نصيب ذلك الفريق فى الوجهين سراجية (قوله يخرج أربعة دنانير وربع دينار) لانك اذا ضربت الاربعة الخارجة بالقسمة فى المقسوم عليه وهى ثمانية وأربعون كان الحاصل بالضرب مائة واثنين وتسعين يتأخر من المقسوم اثنا عشر نسبتها الى المقسوم عليه ربع لا محالة (قوله وطسوج) أى ربع سدس لان سدسها ثمانية أو ثلث ثمن بيان ذلك انك اذا قسمت المائة وسبعين على ثمانية وأربعين كان الخارج بالقسمة من مائة وأربعة واربعين ثلاثة يتأخر ستة وعشرون اربعة وعشرون منها نصف يفضل اثنان تكون نسبتها الى الثمانية والاربعين ثلث ثمن لان ثمنها ستة قال شيخنا والطسوج بوزن الفروج حبتان والدانق اربعة طساسيج وهما معربان مختار الصحاح (قوله وحبة) أى ثمن سدس بيانه ان الكسر المتأخر سبعة وثلاثون فستة وثلاثون منها ثلاثة ارباع دينار والواحد المتأخر يكون ثمن سدس لا محالة هذا مدلول الحبة التى هى نصف الطسوج الذى هو ربع الدانق والدانق سدس درهم ونقل شيخنا عن الصحاح ما نصه وربما قالوا للدانق داناق كما قالوا للدرهم درهام انتهى وهو أى الدانق بفتح النون

فان كان بين التصحيح والتركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى وفق التركة ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالحاصل نصيب ذلك الوارث وفى قضاء الديون دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث فى العمل ومجموع الديون بمنزلة التصحيح اذا لم تف التركة بالديون والغريم اكثر من واحد فاطلب الوفق بين مجموع الديون وبين التركة فان كان بينهما مباينة فاضرب دين كل غريم فى جميع التركة ثم اقسم الحاصل على مجموع الديون وان كان بينهما موافقة فاضرب دين كل غريم فى وفق التركة ثم اقسم الحاصل على وفق مجموع الدين فما خرج فهو نصيب ذلك الغريم ولما فرغ من القسمة شرع فى التخارج فقال (ومن صالح من الورثة على شئ) فاطرح سهامه من التصحيح اى من اصل المسئلة (فاجعله كان لم يكن واقسم ما بقى) من التركة على (سهام من بقى من الورثة) اى صحح المسئلة مع وجود المصالح ثم اطرح سهامه من التصحيح واقسم ما بقى على سهام بقية الورثة كزوج وام وعم فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر وخرج من بين الورثة فاطرح سهامه من التصحيح وهى ثلاثة فاقسم باقى التركة بين الام والعم اثلاثا بقدر سهامهما سهمان للام وسهم للعم لان اصل المسئلة من ستة للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث سهمان وللعم الباقى سهم ولما طرحت سهام الزوج بالتخارج بقى سهمان للام وسهم للعم فاقسم باقى المال بينهما اثلاثا والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه اجمعين

وكسرها كذا ضبطه شيخنا بالقلم (قوله فان كان بين التصحيح والتركة موافقة الخ) كما لو كانت التركة ثمانية عشر فى هذه المسئلة فاطلب الوفق بين ثمانية وار بعين و بين ثمانية عشر تجدها موافقة بالسدس فاضرب سهام الزوج وهى اثناعشر فى وفق التركة وذلك ثلاثة واقسم الحاصل وهو ستة وثلاثون على وفق التصحيح وهو ثمانية يخرج أر بعة دنانير ونصف فهى للزوج ثم اضرب سهام الاب وهى ثمانية فى الثلاثة واقسم الحاصل وهو أربعة وعشرون على الثمانية يخرج ثلاثة دنانير فهى للاب وكذا للام ثم اضرب سهام الابن وهو عشرة فى الثلاثة واقسم الحاصل وهو ثلاثون على الثمانية يخرج ثلاثة وثلاثة ارباع دينار فهى للابن ثم اضرب سهام كل بنت وهى خمسة فى الثلاثة واقسم الحاصل وهو خمسة عشر على ثمانية يخرج دينار وسبعة اثمان دينار لكل بنت (قوله فاطلب الوفق بين مجموع الديون الخ) صورته مات شخص وترك تسعة دنانير وكان عليه لواحد عشرة دنانير ولآخر خمسة دنانير وجمعنا الدينين صار المجموع خمسة عشر وهى بمنزلة التصحيح و بين التسعة والخمسة عشر موافقة بالثلث فاذا ضربنا دين من له عشرة فى ثلث التسعة حصل ثلاثون فاذا قسمنا هذا الحاصل على وفق التصحيح وهو خمسة كان الخارج وهو ستة نصيب من كان له عشرة واذا ضربنا دين من له خمسة فى وفق التركة أعنى ثلاثة حصل خمسة عشر فاذا قسمنا هذا المبلغ على ثلث التصحيح كان الخارج وهو ثلاثة نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا ان التركة المذكورة فى الصورة المذكورة ثلاثة عشر كان بين التصحيح والتركة مباينة فحينئذ يضرب دين صاحب العشرة فى كل التركة فيحصل مائة وثلاثون فاذا قسمنا هذا المبلغ على كل التصحيح وهو خمسة عشر كان الخارج وهو ثمانية وثلثان نصيب من كان له عشرة و يضرب أيضا دين صاحب الخمسة فى جميع التركة يبلغ خمسة وستين فاذا قسمنا هذا المبلغ على خمسة عشر خرج اربعة وثلث فهو نصيب من كان له خمسة ولو فرضنا فى تلك الصورة ان التركة خمسة دنانير كان بين التركة والتصحيح موافقة بالخمس مع كونهما متداخلين كما نبهت عليه فاضرب دين صاحب العشرة فى خمس التركة وهو واحد واقسم الحاصل وهو عشرة على خمس التصحيح وهو ثلاث فيكون الخارج وهو ثلاثة وثلث نصيب من كان له عشرة واضرب أيضا دين صاحب الخمسة فى وفق التركة واقسم الحاصل على وفق التصحيح وهو ثلاثة فيكون الخارج وهو واحد وثلثان نصيب من كان له خمسة كذا فى شرح الجرجانى (قوله فاجعله كأن لم يكن) فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأنه لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون انصباءهم ففى الصورة التى ذكرها الشارح لو جعل الزوج كأنه لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقى بعد الفرض ولكن تأخذ هى ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله فبقى السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث اخوات متفرقات و زوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم اخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها من ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة ولو جعلت كانها لم تكن لكانت من ستة وبقى سهم للعصبة كذا بخط الزيلعى قال ابن يونس وصوابه ان يقال ولو جعلت كانها لم تكن لكانت من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخت لاب النصف ثلاثة لعدم الشقيقة وللاخت لام واحد واعلم ان الجواب عما سبق من تنظير الزيلعى فى كلام المصنف هو ان يقال ان المشبه لا يكون كالمشبه به من كل وجه فتكفى المشابهة من حيث طرح سهامه وعدم دفع شئ له من التركة وهو المراد بقوله واقسم أى ما بقى من التركة بعده على قدر سهام من بقى من الورثة وهذا آخر ما تيسر جمعه والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات وكان الفراغ من تبييضه يوم الثلاثاء ثالث عشر جمادى الثانية سنة الف ومائة وخمسة وخمسين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما

الحمد لله الذى أهل لادامة بيان الدين صفوته من خليقته وهيأ لاقامة تبيان الحق خيرته للتفقه
فى شريعته وزكى أنفسهم بمعارفه فألفوا فيها صناعة التأليف واذكى عقولهم بعوارفه فصنفوا
أحسن التصانيف والصلاة والسلام على أكمل من أوتوا الحكمه وأشرف من فضلوا بهذه النعمه
وعلى آله قافية آثاره وصحابته صدر انصاره أما بعد فان هذا الكتاب حوى من الفقه تلخيصه
على أنه جمع من خلاف أئمة المذهب تنصيصه لم يغادر صغيرة ولا كبيرة الا أحصاها ولم يترك
لذى مؤلف نادرة الا وعاها أبان المذهب حتى وضح ولم يأل فى نقل قيل من شرح
ولاصليه الحجة البينة فى الشرف الارفع والقدم الراسخ فى القلم الانفع فلله در
ثلاثتهم ايجازا واطنابا وله حسن صنيعهم اغرابا واعجابا وقد تم واطبعا
وحسنوا وضعا جمعت فيهم صناعة التصحيح وتواردت عليهم تفانين التنقيح
حتى صار واسفرا جليا وطرسا بيناء تمه عليا وكيف لا وقد طالعه
نادرة أئمة الحنفيه وبدر سماء اعلام الملة الحنيفيه الفاضل
الكامل والعالم العامل الشيخ عبد الرحمن البحراوى فلا
غرو أن تبذل الهمم فى تحصيله جدها وتحصل بمطالعته
ودراسته جدها وكان طبعه بمطبعة السيد الذى
شهدت براعته أمثاله والاوحد الذى بدر
فى البلاغة كماله حضرة السيد ابراهيم
المويلحى على ذمة جمعية المعارف
المصرية وكان تمامه فى أوائل
جمادى الاولى سنة ١٢٨٧
وصلى الله على سيدنا
محمد وآله
الكاملين
آمين
م

1287/1870-1

المجـــلد الع

القاهرة - الأ

3 1761 05400223 3